

DIE TEILLEISTUNG (§ 266 BGB)

Birgit Steinlehner-Stelzner

München 1984

DIE TEILLEISTUNG (§ 266 BGB)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

EINER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER LUDWIG-MAXIMILIANS - UNIVERSITÄT

ZU MÜNCHEN

VORGELEGT VON

BIRGIT STEINLEHNER-STELZNER

1984

Referent : Professor Dr. D. Medicus (Dekan)

Korreferent: Professor Dr. B. Rimmelspacher

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Februar 1984

Inhaltsverzeichnis

Seite

Abkürzungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

Einleitung

1

1. Kapitel: § 266 BGB in der Sicht von Rechtspre- chung und Lehre

5

§ 1) Die Auslegung des Tatbestands

5

I) Vorbemerkung

5

II) Die einzelnen Tatbestandselemente

5

1) Die Leistung eines Teils als rein quantitatives Zurückbleiben hinter der geschuldeten Gesamt- leistung

5

2) Die Leistung im Sinne von § 266 BGB

8

a) Die Anknüpfung an §§ 362 ff. BGB - das Kriterium der Teilerfüllungswirkung

8

aa) Vorbereitungshandlungen sind keine Teilleistung

9

bb) Die Auswirkungen von Vorbehalten des Schuldners bei Erbringung der Teilleistung

9

cc) Unabhängigkeit von irrigen Vorstellungen der Parteien

11

b) Die Ableitung aus § 366 BGB insbesondere: der Ein- zelanspruch als Grenze der Anwendung von § 266 BGB

11

aa) Grundsätzliches

11

bb) Die Einzelfälle

12

c) Die Gleichstellung von Teilleistung und Teilhin- terlegung

17

d) Die Erstreckung des § 266 BGB auf die Teilkündi- gung seitens des Schuldners

17

3) Zulässigkeit von Teilabtretungen, Teilforderungen und Teilklagen durch den Gläubiger

17

	Seite
III) Die Stellung des § 266 BGB im Allgemeinen Teil des Schuldrechts	18
1) Die Dispositivität der Regelung	19
2) Ihre umfassende Geltung	19
3) Die Höherrangigkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben	20
4) § 266 BGB als Regelung der Leistungsmodalitäten	21
IV) Die teleologische Auslegung der Norm	21
§ 2) Die materiellen Rechtsfolgen einer Teilleistung	22
I) Entgegennahme der Teilleistung durch den Gläubiger	22
1) In Kenntnis der Teilleistung	22
a) Der Regelfall: § 266 BGB - § 363 BGB - die Grundsätze über die Verwirkung (§ 242 BGB)	22
b) Die Annahme einer zu geringen Warenmenge beim beidseitigen Handelskauf	24
c) § 17 KO - die Annahme einer Teilleistung im gegenseitigen Vertrag mit anschließendem Konkurs einer der Vertragsparteien	25
2) In Unkenntnis der Teilleistung	27
a) Der Regelfall: § 266 BGB - § 363 BGB - die Grundsätze über die Verwirkung (§ 242 BGB)	27
b) Der Sonderfall des beidseitigen Handelskaufs, § 378 HGB	27
c) § 17 KO - die im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags erbrachte Teilleistung im Konkurs	28
II) Zurückweisung der Teilleistung durch den Gläubiger	28
1) Ausbleiben der Erfüllungswirkung in gesamter Höhe	28
2) Kein Gläubigerverzug durch die - berechtigte - Ablehnung	29
3) Schuldnerverzug in gesamter Höhe, §§ 284 ff. BGB	29
4) Der Sonderfall des beidseitigen Handelskaufs, §§ 377, 378 HGB	30

	Seite
§ 3) Einschub: Die kostenrechtlichen Auswirkungen - Vergleich einer Klage über den gesamten Anspruch nach Ablehnung einer Teilleistung einerseits mit einer Klage über den ausstehenden Rest nach vorbehaltlicher Annahme der Teilleistung andererseits	30
1) Die Ausgangskonstellation	30
II) Die Klage über den Gesamtanspruch nach Zurückweisung der Teilleistung - die Bevorzugung des Klägers bei der Wahl des Prozeßstoffs	31
III) Verschärfung durch die degressive Gebührenstaffelung	32
1) Der Ansatz der Kritik	32
2) Ein Beispielsfall	32
IV) Keine kostenmäßige Entlastung des Schuldners durch sofortiges Teilanerkennntnis	33
§ 4) Allgemein anerkannte Beschränkungen des Anwendungsbereichs des § 266 BGB	34
I) Gesetzlich vorgesehene Beschränkungen	34
1) Teilerfüllung durch Aufrechnung	34
a) Die Aufrechnung bei ungleicher Höhe der Forderungen	34
b) Die Aufrechnung mit einem Teilanspruch, der die Gegenforderung nicht abdeckt	34
2) Teilleistungen in der Zwangsvollstreckung, § 757 ZPO	35
3) Beschränkungen des § 266 BGB im Konkurs des Schuldners	36
4) Teilleistungen bei Scheck und Wechsel, Art. 34 Abs. 2 ScheckG, Art. 39 Abs. 2 WechselG	36
5) Teilweise gesicherte Ansprüche	37
6) Ratenweise Erbringung der Mietkaution, § 550 b Abs. 1 S. 3 BGB	38
II) Sonstige Einschränkungen	38
1) Die sog. rechtliche Verselbständigung des isoliert eingeklagten Anspruchsteils	38
2) Leistung auf in Teilurteilen zugesprochene Anspruchsteile	39
a) Keine Teilleistung im eigentlichen Sinn, wenn nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfüllt wurde	39

	Seite
b)	Einfache Teilurteile im Sinne von § 301 Abs. 1 ZPO 40
c)	Teilanerkennnis des Beklagten über die außer- prozessual zurückgewiesene Teilleistung 40
aa)	§ 307 ZPO als Ausgangspunkt 40
bb)	Die Lösung der Rechtsprechung 41
cc)	Die Gegenansichten 42
III)	Einschränkungen des Anwendungsbereichs von § 266 BGB für gewisse Fallgruppen 44
1)	Einführung 44
2)	Die regelmäßige Zahlung nicht ausreichender Unterhaltsraten 45
a)	Die Fallgestaltung 45
b)	Die rechtliche Behandlung 45
3)	Die Leistung der im Enteignungsbeschluß festge- setzten Entschädigung 46
a)	Die Fallgestaltung 46
b)	Die Lösung der Rechtsprechung 46
4)	Unvollständig erfüllte Schadensersatzansprüche bei Bestrittenheit der Restforderung 47
a)	Die typischen Fallgestaltungen 47
b)	Die Lösungsvorschläge 49
aa)	Die Auffassung der Rechtsprechung 49
bb)	Die zustimmenden Auffassungen in der Literatur 52
cc)	Die Mindermeinung von Heinzelmann und Leonhard: die Unbestrittenheit der Forderung als ungeschrie- benes Tatbestandsmerkmal des § 266 BGB 53
dd)	Die Gegenmeinung - das Festhalten am Gesetzes- wortlaut 55
2. Kapitel:	Die historische Entwicklung bis zum Inkraft- treten des § 266 BGB 58
§ 5)	Die gemeinrechtliche Rezeption des römischen Rechts 58
I)	Überblick 58
II)	Bloße Teilerfüllungswirkung bei Annahme einer Teilleistung durch den Gläubiger 58

	Seite
III) Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers bei nur teilweise erbrachter Gegenleistung	59
IV Verpflichtung zur Gesamtverzinsung trotz Rückzahlung eines Teils des Kapitals, D. 22, 1, 41, 1	59
V) D. 12, 1, 21: Ablehnungsrecht des Gläubigers, das grundsätzlich nur vor Rechtshängigkeit ausgeübt werden kann	60
VI) Weitere Beschränkungen des Ablehnungsrechts bei Teilleistungen	62
1) Das sog. beneficium competentiae mit der Folge der Verurteilung in id quod facere potest	62
2) Das beneficium divisionis	64
VII) Die Lehre von der Teilbarkeit der Obligation	65
§ 6) Die großen Kodifikationen	66
I) Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis aus dem Jahre 1756	66
1) Der Grundsatz	66
2) Die Ausnahmen	67
II) Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)	68
1) Der Grundsatz	68
2) Seine Beschränkungen	69
III) Code Civil und ihm folgende Kodifikationen	69
1) Art. 1244 Cc	69
2) Teilleistungen nach Badischem Landrecht	70
3) Teilleistungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863)	71
IV) Die Rechtslage in Österreich	71
V) Art. 69 des Schweizer Obligationenrechts	72
§ 7) Die Entstehungsmaterialien zu § 266 BGB	72
I) Die Redaktorenvorlage an die Erste Kommission	72
II) Die Beratung in der Ersten Kommission	74
1) Die Protokolle der Ersten Kommission	74
2) Die Motive	75

	Seite
III) Die Protokolle der Zweiten Kommission	75
IV) Die Beratung im Bundesrat	76
V) Kritik an den Entwürfen	76
§ 8) Zusammenfassung: Die Entwicklung bis hin zu § 266 BGB	77
I) Der Grundsatz	77
II) Die Beschränkungen	77
1) Allgemeines	77
2) Zulässigkeit von Teilleistungen auf den anerkannten Teil i.U. bestrittener Ansprüche	78
 3. Kapitel: Kritische Betrachtung der heute Überwiegend vorgenommenen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 266 BGB	 79
§ 9) Die methodisch unbefriedigende Vernachlässigung der Tatbestandsauslegung	79
§ 10) Die Vernachlässigung von Regelungen mit gegenläufiger Auswirkung	80
I) Der Ansatz der Kritik	80
II) § 254 Abs. 2 BGB	81
III) Die vereinzelt angenommene sog. Förderungspflicht des Schädigers	82
IV) Das Verschuldenserfordernis bei Schuldnerverzug, § 285 BGB	82
§ 11) Die fehlende Auseinandersetzung mit der Zielsetzung der Gesetzesverfasser	84
I) Der methodische Fehler	84
II) Die inhaltliche Bedeutung der uneingeschränkten Anordnung des Ablehnungsrechts - die scharfe Trennung prozessualer Gegebenheiten und materieller Rechtspositionen	85
III) Die Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht als wissenschaftliches Anliegen in der Entstehungszeit des BGB	86

	Seite
IV) Fölgerungen für die weitere Untersuchung	88
1) Abgrenzung der verfahrensrechtlichen Argumente bei den anerkannten Einschränkungen	88
2) Untersuchung der materiellen Bedeutung verfahrensrechtlicher Situationen	88
§ 12) Die undifferenzierte Stellungnahme zu den gesetzlichen Ausnahmeregelungen zu § 266 BGB	89
I) Einführung	89
II) Echte Durchbrechungen	90
1) Die Aufrechnung mit einer niedrigeren Forderung	90
2) Art. 39 Abs. 2 WechselG, Art. 34 Abs. 2 ScheckG, § 550 b Abs. 1 S. 3 BGB	90
3) Die Einrede des Notbedarfs	91
4) Nur teilweise gesicherte Ansprüche	92
a) Eigentümer und persönlicher Schuldner sind nicht identisch	92
b) Eigentümer und persönlicher Schuldner sind identisch	92
c) Obligatorische Teilabsicherungen	93
III) Aus verfahrensrechtlichen Normen abgeleitete Einschränkungen des § 266 BGB	94
1) Teilerfüllung in der Zwangsvollstreckung: § 757 ZPO - § 141 GVGA - § 813 a ZPO - unzureichendes Ergebnis einer Zwangsmaßnahme	94
a) Freiwillige Teilleistungen des Schuldners an den Gerichtsvollzieher nach Stellung des Vollstreckungsantrags	94
aa) Vorbemerkung: keine Teilleistung im eigentlichen Sinne, soweit nur zur Abwendung der Vollstreckung geleistet wird	94
bb) § 757 ZPO - die falsche Ausgangsform	95
cc) § 755 S. 2, 754 ZPO als richtige Ausgangsnormen	95
dd) Keine Annahmepflicht des Gläubigers selbst	100
ee) §§ 754, 755 ZPO als Durchbrechungen des § 266 BGB?	101
b) Verwertungsaufschub durch den Gerichtsvollzieher, § 141 Zr. 2 S. 3-7 GVGA	104

	Seite
c) Verwertungsaufschub durch das Vollstreckungsgericht, § 313 a ZPO	105
d) Der Eintritt der Teilerfüllungswirkung bei ungenügendem Erlös einer hoheitlichen Vollstreckungsmaßnahme	106
aa) Vorbemerkung	106
bb) Die Gegenläufigkeit von Vollstreckungsantrag und § 815 Abs. 1 ZPO bei nicht ausreichendem Erlös der Zwangsmaßnahme	107
cc) Die Anweisung an den Gerichtsvollzieher, erst bei Vollabdeckung des einheitlichen materiellen Anspruchs abzuliefern	108
dd) Zulässigkeit einer Zurücknahme des Vollstreckungsantrags	109
ee) Einordnung der Fälle, in denen die freiwillige Teilleistung des Schuldners dessen pfändbares Vermögen erschöpft	110
ff) Teilerfüllung und Forderungspfändung	110
e) Zusammenfassung: das Ablehnungsrecht des Gläubigers bei einer Teilbefriedigung in der Zwangsvollstreckung	111
2) Teilleistungen im Konkurs	112
3) Teilleistungen im Vergleich	112
§ 13) Kritische Darstellung sonstiger als Durchbrechung des § 266 BGB angesehener Fälle	113
I) Allgemeine Einführung	113
II) Teileinforderungen und Teilklagen	114
1) Die Teileinforderung	114
2) Teilklagen	115
III) Dem Gläubiger unerwünschte Teilurteile und Teilanerkennnisurteile	116
1) Die Problemstellung	116
2) Die materiellen Auswirkungen von Urteilen im allgemeinen	117
3) Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen über Teilurteile	121
4) Das Anwachsen der Zinslast	122

	Seite
5) Eintritt des Schuldnerverzugs als unbillige Belastung des im Teilurteil Unterlegenen	123
6) Schutzwürdige Interessen des Schuldners auf der verfahrensrechtlichen Ebene?	124
§ 14) Anwendbarkeit des § 266 BGB auf umfangmäßig bestrittene Schadensersatzansprüche	125
I) Die Lösung der Rechtsprechung und der ihr folgenden Auffassung	125
1) Ansatz der Kritik	125
2) Die materiell-rechtlichen Argumente	125
a) Der Einfluß von Treu und Glauben	125
b) Das sog. Spitzenbetragsargument	127
c) Der angebliche Wegfall der Belästigung bei bestrittenen Ansprüchen	132
3) Die Nichtanwendbarkeit des § 266 BGB auf teilweise bestrittene Ansprüche	134
4) Die prozeßrechtlichen Argumente	137
a) Das sog. Substantiierungsargument	137
b) Teilleistungen als vorweggenommene Leistungen auf ein Teilanerkennnisurteil	139
c) Die Rechtsstellung des Schuldners hinsichtlich der Auswahl des Prozeßstoffs	140
d) § 93 ZPO: die Kostentragung bei einer Klage über den gesamten Anspruch nach Ablehnung der Teilleistung	141
aa) Der Ausgangspunkt	141
bb) Die Kostenverteilung nach einer Ausübung des Zurückweisungsrechts	142
e) Zuständigkeit und Instanzenzug	146
5) Zusammenfassende Kritik an den Argumenten, die eine Beschränkung des § 266 BGB über den Grundsatz von Treu und Glauben begründen sollen	147
II) Kritik an den Befürwortern einer strengeren Anwendung des § 266 BGB	148
1) Kein vorschnelles Ausweichen vor der Wortlautauslegung	148
2) Inkonsequenz in der Weiterverfolgung dieses Ansatzes	148

	Seite
3) Die Sachargumente	149
a) Das "Rabattargument"	149
b) Die prozessualen Argumente	149
4. Kapitel: Der eigene Lösungsvorschlag zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 266 BGB	151
§ 15) Das systematische und teleologische Argument: Anwendbarkeit des § 266 BGB auf gesetzliche und rechtsgeschäftliche Ansprüche	151
§ 16) Der Begriff "Teilleistung" des § 266 BGB	152
I) Die Heranziehung des Leistungsbegriffs der §§ 362 ff. BGB	152
II) Die in § 266 BGB enthaltenen Verhaltenspflichten und Rechte	153
1) Die Verhaltensanforderungen an den Schuldner	153
2) Das Ablehnungsrecht des Gläubigers - eine Bes- serstellung gegenüber seiner regelmäßigen An- nahmeobliegenheit	155
III) Die Folgerungen aus dem erfolgsbezogenen Teil- leistungsbegriff	156
§ 17) Versuch der Abgrenzung nebeneinander bestehen- der Ansprüche in den typischerweise problemati- schen Fällen	156
I) Vorbemerkung: Bedeutung der Fragestellung außer- halb der Abgrenzung der §§ 266 und 366 BGB	156
II) Zur Terminologie	159
III) Abstrakte Kriterien der Aufgliederung	159
1) Das Anspruchsziel als ungeeignetes Kriterium	159
2) Unterschiede im anspruchsbegründenden Sachver- halt oder in der Anspruchsgrundlage als Anhalts- punkt	160
IV) Verhältnis von Geldschuld und dafür zu ent- richtenden Zinsen	161
V) Das Verhältnis der Kostenschuld zum zugrunde- liegenden Anspruch	166
1) Materiell-rechtliche Kosten	166
2) Gerichtskosten	167

	Seite
VI) Vertragsforderung und Vertragsstrafe	167
VII) Verhältnis des überfälligen Anspruchs zum Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens	168
VIII) Schicksal des Primäranspruchs bei Teilunmöglichkeit	168
IX) Verhältnis mehrerer rückständiger Raten eines Dauerschuldverhältnisses zueinander	169
X) Gleichzeitig vereinbarte Leistungsverpflichtungen	170
XI) Die Aufgliederung der aus einem komplexeren Schadensereignis erwachsenden Ersatzansprüche (Beispiel: Verkehrsunfall)	170
1) Die sog. Schadensgruppen als Ausgangspunkt	170
2) Sachschaden - Körper- und Gesundheitsschaden - Schmerzensgeld	171
3) Vermögensfolgeschäden	172
a) Allgemeines	172
b) Die Behandlung des Ersatzes für vermehrte Bedürfnisse und Erwerbsausfall, §§ 842, 843 BGB	173
4) Der teilkausale Mitverschuldenseinwand als Beispiel einer nur gegen einen Anspruchsteil durchgreifenden rechtshindernden Einwendung	175
a) Die Fallkonstellation des § 21 a StVO	175
b) Verselbständigung der betroffenen Schadensposten durch eine teilkausale rechtshindernde Einwendung?	175
§ 18) Die Teilleistung als minus zum geschuldeten Erfolg	176
I) Das jeweilige Schuldverhältnis als Maßstab	176
II) Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse	177
1) Die Ergebnisse der Auslegung	177
2) Die Fälle relativer Unbestimmtheit	178
3) Das Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315 ff. BGB	178
4) Nichtigkeit des Vertrags bei Ausbleiben der Bestimmung	179
5) Die Bestimmung als Voraussetzung der Leistung	180
6) Bedeutung der Bestimmung für § 266 BGB	180
III) Schuldverhältnisse, die auf Gesetz beruhen	181
1) Die Problemstellung	181

	Seite
2) Die Bestimmtheit der Rechtsfolgenanordnung bei Schadensersatzansprüchen	183
a) Bestimmtheit der Höhe des geschuldeten Ersatzes, §§ 249-253 BGB	183
b) Mögliche Fälle unbestimmter Schadensersatzansprüche	185
c) Der Anspruch auf Schmerzensgeld; § 847 BGB	186
aa) Die "billige" Entschädigung - ein unbestimmter Rechtsbegriff im verwaltungsrechtlichen Sinne?	186
bb) Das Vorgehen der Rechtsprechung	187
cc) Literaturstimmen, die für § 847 BGB im konkreten Anwendungsfall mehrere gleichermaßen rechtmäßige Entscheidungsalternativen anerkennen	189
dd) Eigener Standpunkt	191
d) Der Anspruch auf Geldersatz für vertane Urlaubszeit	192
e) Der Anspruch auf sog. abstrakte Nutzungsentschädigung	193
f) Zusammenfassung: Die Ausnahmen zu § 253 BGB	194
g) Der dem Mitverschuldenseinwand ausgesetzte Schadensersatzanspruch	195
h) Die Ansprüche nach § 829 BGB	197
3) Andere als Schadensersatzansprüche: §§ 1360 Abs. 1, 1578 Abs. 1, 1610 Abs. 1 BGB	198
4) Objektive Unmöglichkeit oder unverhältnismäßige Schwierigkeit, im tatsächlichen Bereich die für die Anspruchshöhe maßgeblichen Werte zu ermitteln	199
a) § 252 S. 2 BGB	199
b) § 287 ZPO	200
5) Die Bestimmung der konkret geschuldeten Leistung	202
a) Kein einseitiges Bestimmungsrecht eines Beteiligten gegen den Willen des anderen	202
b) Die einverständlich-vertragliche Bestimmung durch beide Beteiligte	202
aa) Die grundsätzlich freie privatautonome Ausgestaltung	202
bb) Die Sondergruppe der Unterhaltsverträge	203

	Seite
cc) Keine Verhandlungs- und Abschlußpflicht der Parteien einerseits, die rechtspolitische Erwünschtheit von Vergleichen andererseits	204
dd) Die Annahme einer Teilleistung auf eine umfangmäßig umstrittene Forderung als Beschränkung der Vertragsfreiheit	206
c) Die Bestimmung des Anspruchsumfangs durch gerichtliche Entscheidung	207
d) Konstitutive oder nur konkretisierende Wirkung der Bestimmung	209
6) Anwendbarkeit des § 266 BGB vor der Vornahme der Bestimmung	210
a) Denkbare allgemeine Lösungsmöglichkeiten	210
b) Umfangmäßig objektiv noch unbestimmte Schadensersatzansprüche	212
aa) Die Leistungsverpflichtung des Schuldners	212
bb) Annahmepflicht des Gläubigers	214
cc) Die kostenrechtliche Lage in den Fällen objektiv unbestimmter Anspruchshöhe, § 93 ZPO	221
dd) Ergebnis	222
c) Unterhaltsansprüche vor der genauen Bestimmung ihrer Höhe	223
aa) Die Gegenwartsbezogenheit des laufenden Unterhalts	223
bb) Die Leistungsverpflichtung des Schuldners	223
cc) Keine privatrechtliche Annahmepflicht des Unterhaltsgläubigers	224
§ 19) Die im noch nicht bestandskräftigen Enteignungsbeschluß festgesetzte Entschädigung als Teilleistung	226
§ 20) Verbleibende Fallgruppen, in denen die tatbestandlich zu bejahende Anwendung des § 266 BGB unbillig erscheint	228
I) Unverschuldeter Irrtum des Schuldners über den Umfang des gegen ihn bestehenden Anspruchs	228
1) Irrtümer des Schuldners im tatsächlichen Bereich	228

	Seite
2) Rechtsirrtümer des Schuldners	229
3) Nichtanwendung des § 266 BGB auf den gutgläubigen Schuldner?	230
a) Die Arbeitshypothese	230
b) Die unbefriedigenden praktischen Auswirkungen dieser Einschränkung	231
4) Abwägung der Rechtsfolgen bei Ausübung des Ablehnungsrechts	232
a) Materielle Rechtsnachteile	233
b) Prozessuale Nachteile des Schuldners	235
5) Zusammenfassung: Folgenlosigkeit der Ablehnung des angebotenen Teils für den gutgläubigen Schuldner	235
II) Der wirtschaftlich schwache, nur noch zu Teilleistungen fähige Schuldner	236
III) Das Fehlen geringfügiger Teile	238
§ 21) Zusammenfassung	238
Schluß: Abänderung des § 266 BGB im Zuge einer Reform des Schuldrechts	240

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.	auch
A.	Ansicht/in der Literaturliste: Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
al.	alinéa
Alt.	Alternative
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt. Komm.	Alternativkommentar
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ÄöR	Archiv für Öffentliches Recht
arg.	argumentum
Art.	Artikel
BAFöG	Bundesausbildungsförderungsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayEG	Bayerisches Enteignungsgesetz
BayKSG	Bayerisches Katastrophenschutzgesetz
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BLR	Badisches Landrecht
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT	Besonderer Teil
BVfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cc	Code civil
D.	Digesten
DAR	Deutsches Autorecht
DAVorm	Der Amtsvormund
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
EGZPO	Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung
Einl.	Einleitung
f./ff.	folgender/folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
GKG	Gerichtskostengesetz
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
h.A.	herrschende Auffassung
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
I.	Institutionen
IherJb/IhJb.	Iherings Jahrbücher der Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
insbes.	insbesondere
i.U.	im übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit

JMBI.	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LBS	Landbeschaffungsgesetz
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NiedsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Schweizer Obligationenrecht
Rz.	Randzahl
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
s.	siehe
S.	Seite/bei Gesetzen: Satz
ScheckG	Scheckgesetz
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen

SchlHOLG	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht
SeuffA/SA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Soergel- Verfasser	Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch
sog.	sogenannt
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
u.	unten
UG	Umstellungsgesetz
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WechselG	Wechselgesetz
WPM	Wertpapiermitteilungen
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZHR	Zentralblatt für Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
Zr.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSSst	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

LITERATURVERZEICHNIS

- ACHILLES-GREIFF: Bürgerliches Gesetzbuch, 21. A., Berlin 1958
- ALTERNATIVKOMMENTARE: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
(Reihe Alternativkommentare), Neuwied/Darmstadt, 1979/1981
- APPLETON, Ch.: Les lois romaines sur le cautionnement, ZStt
26, 1 ff.
- ARENS, Peter: Dogmatik und Praxis der Schadensschätzung, ZJP
88, 1 ff.
- ARNDT, L.: Lehrbuch der Pandekten, 13. A., Stuttgart 1886
- BANDASCH, Georg: Kommentar zum HGB, 3. A., Neuwied/Berlin 1980
- BARTL, Harald: Das neue Reisevertragsrecht, NJW 1979, 1384 ff.
ders.: Zum Stand des Reiserechts, NJW 1983, 1092 ff.
- BAUMANN-BREHM. Zwangsvollstreckung, 2. A., Bielefeld 1982
- BAUMBACH-DUDEN-HOPT: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne
Seerecht, 25. A., München 1983
- BAUMBACH-HEFERMEHL: Wechselgesetz und Scheckgesetz, 13. A.,
München 1981
- BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN: Zivilprozeßordnung, 41.
A., München 1983
- BAUMGARTEL, Gottfried: Das Problem der "Klageveranlassung"
(§ 93 ZPO) bei Teilleistungen (§ 266 BGB), VersR 1970, 969
- BAUMGARTEL-MES: Einführung in das Zivilprozeßrecht mit Exami-
natorium, 6. A., Berlin 1982
- BERNER KOMMENTAR: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
(VI. Band), Bern 1941
- BLAUROCK, Uwe: Anm. zu BGH NJW 1980, 1947, NJW 1980, 1949
- BLEY/MOHRBUTTER: Vergleichsordnung, 4. A., Berlin/New York 1979
- BLOMEYER, Arwed: Zivilprozeßrecht - Vollstreckungsverfahren,
Berlin/Heidelberg/New York 1975 mit Nachtrag 1979

- BOHMER, Emil: Zum Begriff der Umstände im Sinne des § 254 BGB, MDR 1963, 442
- BOENNECKE, W.: Die Teilklage auf Unterhalt. Versuch einer befriedigenden Lösung, MDR 1954, 83
- BÖTTICHER, Eduard: Anm. zu BGH JZ 1954, 242, JZ 1954, 243
- BOETZINGER, J.: Pflicht zur Annahme von Teilleistungen bei Unfallschäden, VersR 1968, 1124 f.
- BRACHVOGEL, O.: Ueber § 288 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, § 233 der zweiten Lesung, Archiv für Bürgerliches Recht 8 (1894), 335
- BRINZ, Alois: Lehrbuch der Pandekten I, Erlangen 1857
- BROX, Hans: Allgemeines Schuldrecht, 11. A., München 1983
- von BOREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- von CAEMMERER, Ernst: Falschlieferung. Festschrift für Martin Wolff. S. 3 ff. (Hrsg.: v. Caemmerer/Mann/Hallstein/Raiser, Tübingen 1952)
- COING, Helmut: Zum Begriff der Teilerfüllung, SJZ 1949, 532 ff.
- COSACK, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 5. A., Jena 1910
- CROME, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts (2. Bd.), Tübingen/Leipzig 1902
- DANZER, Max (Hrsg.): Das Bayerische Landrecht, Codex Maximilianus Bavaricus Civilis vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, München 1894
- DERNBURG, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 2. Bd., Halle 1878, zitiert: Dernburg, Preußisches Privatrecht
- ders.: Pandekten, 2. Bd., 7. A., Berlin 1903
- DEUBNER, Karl G.: Die Zurückweisung fristwidrigen Vorbringens im frühen ersten Termin, NJW 1983, 1026
- DEUTSCH, Erwin: Einschränkung des Mitverschuldens aus sozialen Gründen?, ZRP 1983, 137

- DIETRICH: Die Aufrechnungslage, AcP 170, 534 ff.
- DÖLLE, Hans: Familienrecht, Bd. II, Karlsruhe 1955
- DÜRFELT, Friedemann: Die Aufgliederung der aus einem Schadensfall entspringenden Ersatzforderungen im materiellen Recht und Prozeßrecht, Dissertation, Freiburg 1975
- DUNZ, Walter: Zur Praxis des unbezifferten Leistungsantrags, NJW 1957, 1661
- EBERHARD, R.: Zinsen - Teil II, Gruchot's Beiträge 56 (1912), 30 ff.
- EMMERICH-GERHARDT-GRUNSKY- u.a.: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, München 1974
- ENDEMANN, W.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 9. A., Berlin 1903
- ENGISCH, Karl: Einführung in das juristische Denken, 7. A., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977
- ENNECCERUS-LEHMANN: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 15. A., Tübingen 1958
- ERICHSEN-MARTENS (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., Berlin 1977
- ERMAN: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. A., Münster 1981
- ERNST-ZINKAHN-BIELENBERG: Bundesbaugesetz, München, Stand 1981
- ESSER-SCHMIDT: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 5. A., Karlsruhe 1975/1976
- FAHLAND, Monika: Die freiwillige Leistung in der Zwangsvollstreckung und ähnliche Fälle, ZZP 92, 432 ff.
- FIKENTSCHER, Wolfgang: Schuldrecht, 6. A., Berlin/New York 1976
- FLUME, Werner: Kaufvertrag und Werkvertrag in der Umstellung, SJZ 1949, 88
- FRANCKE: Ueber die Rechtswohltat der Kompetenz, nebst Bemerkungen über die s.g. processualische Consumption der Klagen, AcP 23, 387

- FROTZ, Gerhard: Der "Ersatz in Geld" nach § 250 S. 2 BGB, JZ 1963, 391
- GAUL, Hans Friedhelm: Zur Struktur der Zwangsvollstreckung II, Der Deutsche Rechtspfleger, 1971, 41 ff.
- ders.: Billigkeit und Verhältnismäßigkeit in der zivilgerichtlichen Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Abgaben, JZ 1974, 279 ff.
- GEORGIADIS, Apostolos: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967
- GERNHUBER, Joachim: Die Erfüllung und ihre Surrogate, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, Bd. 3, Tübingen 1983
- GÜPPINGER, Horst (Hrsg.): Unterhaltsrecht, 4. A., Bielefeld 1981
- GOTTWALD, Peter: Schadenszurechnung und Schadensschätzung, München 1979
- GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), 568 ff.
- GUARINO, Antonio: Diritto privato romano, Napoli 1957
- HAHN, C.: Die gesamten Materialien zu der Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz, Berlin 1880
- HATTENHAUER-BERNERT: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, Textausgabe, Frankfurt a.M. 1970
- HAUSMANINGER/SELB: Römisches Privatrecht, Wien/Köln 1981
- HEILFRON, Eduard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 4. A., Berlin 1909
- HEINZELMANN, Helmut: Teilleistung des Schuldners nach § 266 BGB bei bestrittener Restforderung? NJW 1967, 534 f.
- HELLWIG, Konrad: Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum Bürgerlichen Recht und zum Prozeßrecht, Leipzig 1924
- ders.: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901

HENSEN, Horst Dieter: Die Klage auf Zahlung teilweise freiwillig geleisteten Unterhalts, NJW 1966, 920

HEUMANN-SECKEL: Handlexikon zu den Quellen des Römischen Rechts, 10. A., Graz 1958

HEYN, Karl: Anerkenntnisurteil ohne Antrag, NJW 1957, 1140

HIMMELREICH, Klaus: Finanzierungskosten - Ein Alptraum der KFZ-Haftpflichtversicherer, NJW 1973, 978 ff.

HONSELL, Heinrich: Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht, JuS 1973, 69 ff.

JACOBI, Ernst: Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Berlin 1955

JAEGER-LENT: Kommentar zur Konkursordnung, 8. A., Berlin 1958-1973

JAKOBS-SCHUBERT (Hrsg.): Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse I, Berlin/New York 1978

JAUERNIG, Othmar: Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt a.M. 1958

ders.: Zivilprozeßrecht, 19. A., München 1981

ders.: Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 16. A., München 1983

JÜRS-KUNKEL: Römisches Privatrecht, 2. A., Berlin 1935

KASER, Max: Das Römische Privatrecht (1. Abschnitt), 2. A., München 1977

KLAUSER, Karl-August: Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung, JZ 1968, 187 ff.

KLIMKE, Manfred: Ersatz der Finanzierungskosten aus Anlaß eines Haftpflichtschadens, VersR 1973, 881 ff.

KNÜPFEL, Gottfried: Der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils, ZZP 68, 450 ff.

KOEBEL: Billigkeitsansprüche aus Schadenszufügung, NJW 1957, 1009-ff.

KOPPENSTEINER: Rügeversäumnis und Käuferpflichten beim Handelskauf, BB 1971, 547 ff.

KORNBLUM, Udo: Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315-319 BGB, AcP 168, 450 ff.

KRESS, Hugo: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929

KROGER, Hugo: Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechts, ZSt 19, 6 ff.

KUCKUK, G.: Offene Fragen zum Sicherheitsgurt, DAR 80, 1 ff.

LANGE-KÜHLER: BGB - Allgemeiner Teil, 17. A., München 1980

LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. A., Berlin/Heidelberg/New York 1978/1979

ders.: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. A., München 1980

ders.: Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: 13. A., München 1982; Band 2: 12. A., München 1981

LEONHARD, Friedrich: Zu "dem Einfluß unbeanstandeter Falschlieferungen auf den Vertragspreis", JW 1917, 90 ff.

LEONHARD, Rudolf: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1929

LEONHARD, Götz: Welche Teilleistungen sind zulässig? VersR 1967, 534 ff.

LERCHE, Peter: Übermaß und Verfassungsrecht, Köln/Berlin/München/Bonn 1961

LINDACHER, Walter F.: Individualisierte und nicht individualisierte Teilklagen, ZZP 76, 451 ff.

LOCKE, Jörg: Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit, DÖV 1979, 769 ff.

LUKE, Gerhard: Zur Bereicherungshaftung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung, AcP 153, 533 ff.

MADAI, Carl Otto: Die Lehre von der Mora, Halle 1837

MAILÄNDER, Peter: Die Lieferung falscher Mengen im Handelsrecht, ZHR 126, 89 ff.

MANN: Anm. zu OLG Köln NJW 1960, 325, NJW 1960, 388

MAREZOLL: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 11. A., Leipzig 1881

MAYER-MALY, Theo: Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170, 133 ff.

MEDICUS, Dieter: Schuldrecht I, München 1981

ders.: Bürgerliches Recht, 11. A., Köln/Berlin/Bonn 1983

MENTZEL-KUHN: Kommentar zur Konkursordnung, 8. A., 1976

MERGLER/ZINK: Bundessozialhilfegesetz, Kommentar, 3. A., Köln 1981

MES, Peter: Materiellrechtliche Teilleistung und prozessuales Teilerkenntnis, ZZP 85, 334 ff.

MESSER, Herbert: Die freiwillige Leistung des Schuldners in der Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1966

MICHELAKIS, Emmanuel M.: Rechtsnorm und Rechtskraft. Festschrift für Hans Schima, S. 303 ff. (Hrsg.: Kralik/Fasching, Wien 1969)

MITTELSTEIN, Max: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reichs, 3. A., Berlin 1913

MOMMSEN, Friedrich: Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig 1855

MOTIVE: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Amtliche Ausgabe, 2. unveränderte A., Berlin 1896

MÖLLER, Carl Otto: Lehrbuch der Institutionen, Leipzig 1858

MOMMLER, Alfred: Bewilligung von Teilzahlungen durch den Gerichtsvollzieher, DGVZ 1972, 49 ff.

MONCHENER KOMMENTAR: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1977/1981

MUGDAN: Die gesamten Materialien zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899

MÜLLER, Theodor: Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestatio und der Singularsuccessio in Obligationen, Erlangen 1857

NACKEN, Gert: Teilleistung und teilbare Leistung, Dissertation, Köln 1976

NEUMANN-DUESBURG, Horst: Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952, 705 ff.

NIENDORF, Oskar: Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. A., Berlin 1914

OERTMANN, Paul: Der Einfluß unbeanstandeter Falschlieferungen auf den Vertragspreis, JW 1916, 1463 ff.

ders.: Bürgerliches Gesetzbuch, 5. A., Berlin 1928

OHR, Günter: Streitiges Urteil trotz Anerkenntnis, NJW 1955, 251 ff.

PAGENSTECHER, Max.: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905

ders.: Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, ZZP 37, 1 ff.

PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch, 42. A., München 1983

PAWLOWSKI, Hans-Martin: Die Problematik des unbezifferten Klagantrags, NJW 1961, 341 ff.

ders.: Angabe des Gegenstandes und des Grundes bei Teilklagen, ZZP 78, 307 ff.

ders.: Die Wirtschaftlichkeit der Zwangsvollstreckung, ZZP 90, 345 ff.

PENTZ, Adolf: Die Aufrechnung bei einer Teilklage, NJW 1966, 2392 ff.

PETERS, Egbert: Die Preisberechnung nach Rügeversäumnis in den Fällen des § 378 HGB, AcP 164, 340 ff.

PLANCK: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. A., Berlin 1914

PLANIOL-RIPET: Traité Pratique de Droit Civil Français - Tome VII, Paris 1931

POHLE, Rudolf: Gedanken über das Wesen der Rechtskraft. Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei II, S. 377 ff., Padova 1958

- PRÖLLS, Jürgen: Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966
- PUCHTA, G.F.: Cursus der Institutionen, 1. Bd., 10. A., Leipzig 1893
- RADBRUCH, Gustav: Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. A., Stuttgart 1969
- REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. A., Berlin/New York 1974/1981
- RIMMELSPACHER, Bruno: Materiell-rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttingen 1970
- ROIDL, Walter: Teilleistung, Teilanerkennnis, Teilerledigung, NJW 1968, 1865
- ROSENBERG, Leo: Der Verzug des Gläubigers, IherJb 43, 141 ff.
- ROSENBERG-SCHWAB: Zivilprozeßrecht, 13. A., München 1981
- ROTHER-BLANKE: Bundesausbildungsförderungsgesetz, 3. A., Köln 1981
- ROTHER, Werner: Zur Zulässigkeit von Teilleistungen, NJW 1965, 1749 ff.
- RUHKOPF, Rolf: Zur Problematik der Klaglosstellung, VersR 1960, 13 ff.
- ders.: Nochmals: Teilleistung und Klaglosstellung, VersR 1967, 927 ff.
- SAUM, Franz: Zur Aushändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Titels an den Schuldner, JZ 1981, 695 ff.
- von SAVIGNY, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, Bd. V, Berlin 1841
- ders.: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd., Berlin 1851
- SCHELLHORN-JIRASEK-SEIPP: Das Bundessozialhilfegesetz, 10. A., Darmstadt 1981
- SCHERNER, Karl-Otto: Verzugsbeendigung durch pflichtgemäßes Verhalten des Schuldners, JZ 1971, 441 ff.
- SCHILKEN, Eberhard: Zum Handlungsspielraum der Parteien beim prozessualen Anerkenntnis, ZZP 90, 157

- SCHLEGELBERGER-HEFERMEHL: Handelsgesetzbuch, 3. Bd., 4. A., Berlin/Frankfurt a.M. 1965
- SCHLIERF, Herbert: Abwägungskriterien bei der Schadensausgleichung nach § 254 BGB, NJW 1965, 676 ff.
- SCHMALZL, Franz: Die von Haftpflichtversicherern ohne nähere Bestimmung an den Geschädigten gezahlten Vorschüsse und ihre Verrechnung auf den Schaden, VersR 1965, 423 ff.
- SCHMIDT, Hans Wolfgang: Zur Teilleistung des Haftpflichtversicherers, VersR 1966, 226
- ders.: Fragen aus dem KFZ-Schadensersatzrecht, DAR 1968, 143 ff.
- SCHNEIDER: Zwei Urteile zu § 378 HGB, ZHR 54, 90 f.
- SCHÜNKE-BAUR: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. A., Heidelberg/Karlsruhe 1978
- SCHRÖDTER, Hans: Bundesbaugesetz, München 1980
- SCHUBERT (Hrsg.): Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil (Teile 1 und 2), Recht der Schuldverhältnisse (Teil 1), Berlin/New York 1981
- SCHULER: Teilklagen, NJW 1954, 518 ff.
- SCHWIND: Römisches Recht, 1. Bd., Wien 1950
- SEIP, Theo: Die Verlegung des Versteigerungstermins unter Bewilligung von Teilzahlungen durch den Gerichtsvollzieher, DGVZ 1974, 17 ff.
- SIBER, Heinrich: Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, 2. Bd., Berlin 1928
- ders.: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, IherJb 50, 55 ff.
- SIMSHAUSER, Wilhelm: Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht seit Savigny. Eine Untersuchung am Beispiel rechtsfremder Klagen, Bielefeld 1965
- SINTENIS, Carl Friedrich Ferdinand: Das praktische gemeine Civilrecht, 2. A., Leipzig 1861
- SOERGEL-SIEBERT: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. A., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967/1969

SOLAZZI, Sivo: L'estinzione dell' obligatione nel diritto romano, 1. Vol., 2. edizione, Napoli 1935

STAUDINGER: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10./11. A., Berlin seit 1955; 12. A., Berlin 1978/1983 (soweit die 10./11. A. zitiert wird, erfolgt ein Hinweis)

STEIN, Friedrich: Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen Zivilprozeßordnung, Wien 1897

STEIN-JONAS: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. A., Tübingen, ab 1977

STEPHANI: Die Teilklage auf Unterhalt, MDR 1954, 277 ff.

STOWASSER: Der kleine Stowasser, lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, Bearbeiter: Michael Petschenig, München 1971

THIELE: Die Kündigung, insbesondere bei Darlehen, nach dem Bürgerlichen Recht, AcP 89, 85 ff.

THOMAS, Bernd: Zur Doppelnatur von Klageanerkennnis und Klageverzicht, ZP 89, 80 ff.

THOMAS, J.A.C.: Textbook of Roman Law, Amsterdam/New York/Oxford 1976

THOMAS-PUTZO: Zivilprozeßordnung, 12. A., München 1982

von TUHR/ESCHER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (2. Bd.), 3. A., Zürich 1974

UBBELOHDE, August: Die Lehre von den untheilbaren Obligationen, Hannover 1862

von VANGEROW, Karl Adolph: Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd., 7. A., Marburg/Leipzig 1869

von WACHTER, Carl Georg: Pandekten I, Leipzig 1880

WETZELL, Georg Wilhelm: System des ordentlichen Zivilprozesses, Leipzig 1878

WIEACKER, Franz: Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht. Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. 1, S. 783 ff. (Hrsg.: Dietz/Hübner, München/Berlin 1965)

ders.: Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, Festschrift für Robert Fischer, S. 867 ff. (Hrsg.: Lutter/Stimpel/Wiedemann, Berlin/New York 1979)

WILLMS: Die Festsetzung des Streitwerts bei unbezifferten Zahlungsklagen, JZ 1952, 618 ff.

WINDSCHEID, Bernhard: Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856

WINDSCHEID-KIPP: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. A., Frankfurt a.M. 1906

WINTER, Max Reinhard: Anm. zu OLG Stuttgart NJW 1978, 112
NJW 1978, 706

WUSSOW, Werner: Das Unfallhaftpflichtrecht, 12. A., Köln/Berlin/Bonn/München 1975

Die ZIVILGESETZE der GEGENWART: Hrsg.: Heinsheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig 1928/1932

ZÜLLER: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 13. A., Köln 1981

EINLEITUNG

Als eine der am knappsten formulierten Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt § 266 BGB: "Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt."

Der Prägnanz und Kürze des Gesetzeswortlauts scheint bei oberflächlicher Betrachtung die rechtliche Selbstverständlichkeit des Inhalts der Regelung zu entsprechen. Man könnte sie weitgehend für entbehrlich halten, denn eine einseitig vom Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers erbrachte Teilleistung genügt regelmäßig auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung weder den verhaltens- noch den erfolgsbezogenen Anforderungen des Schuldverhältnisses (1).

Die einzelne Teilleistung kann das Schuldverhältnis nicht durch Erfüllung beenden, denn sie stellt schon begrifflich nicht den geschuldeten Leistungserfolg im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB dar (2).

§ 266 BGB betrifft Teilleistungen jedoch gerade auch für den Fall, daß durch weitere Erfüllungsakte der geschuldete Erfolg noch erreicht werden könnte (3). Ihrem Wortlaut nach richtet sich die Norm zwar an den Schuldner; sie spricht aber gleichzeitig dem Gläubiger das Recht zu, angebotene Teilleistungen zurückzuweisen, ohne ihm nachteilige Rechtsfolgen in Kauf nehmen zu müssen.

In dem letztgenannten Zurückweisungsrecht des Gläubigers liegt die wesentliche Bedeutung des § 266 BGB. Das "Verbot" der Teil-

1) Zu diesen beiden Aspekten vgl. Wieacker, Festschrift für Nipperdey I (1965), S. 783 ff.

2) Wieacker, a.a.O., S. 783 ff., insbes. S. 790.

3) Erman-Sirp, Rz. 2 zu § 266.

leistung macht es nicht unzulässig, daß der Schuldner dem Gläubiger auf eigene Kosten einen Leistungsteil übermittelt und damit stillschweigend einen Antrag auf Abänderung der Leistungsmodalitäten verbindet: das der allgemeinen Privatautonomie entspringende Recht, Willenserklärungen abzugeben, wird von § 266 BGB nicht beschnitten. - Nur: der Gläubiger, der seinerseits privatautonom handeln kann, braucht weder den Änderungsantrag noch die Teilleistung anzunehmen. Ersteres folgt aus §§ 145 ff. BGB, das Recht, die Teilleistung abzulehnen, wird in § 266 BGB verdeutlicht. Kürzer formuliert, besagt die Bestimmung also: "keine Teilerfüllungswirkung wider Willen des Gläubigers".

In weitem Umfang ergibt sich auch dieser Regelungsgehalt bereits aus anderen Normen:

Auf noch nicht erfüllbare Forderungen angebotene Teilleistungen kann der Schuldner ebenso wie Volleistungen schon nach § 271 Abs. 1 a.E., Abs. 2 BGB abweisen.

Wird zum oder gar erst nach dem Fälligkeitstermin teilweise Erfüllung angeboten, tritt hinsichtlich des ausstehenden Forderungsteils bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen ohnehin Schuldnerverzug ein. § 266 BGB dehnt diese Rechtsfolge nur aus; bei Ablehnung der Teilleistung soll in gesamter Anspruchshöhe Verzug eintreten.

Werden Teilleistungen auf schon erfüllbare, aber noch nicht fällige Ansprüche angeboten, so ist zu unterscheiden: bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen würde - auch ohne § 266 BGB - oft bereits die Vertragsauslegung Teilleistungen ausschließen, etwa dann, wenn nach den Vereinbarungen eine einheitlich bezeichnete Leistung zu einem exakt genannten Termin anzuliefern ist. Wenn Abmachungen über eine etappenweise, zeitlich gestreckte Leistungserbringung fehlen, deutet dies eher darauf hin, daß einmalige Erfüllung vereinbart ist; sonst hätten die Parteien regelmäßig den Umfang der Raten und deren jeweilige Fälligkeitstermine verabredet. Zumeist wird die ergänzende Vertragsauslegung nämlich

die einfache, nicht die komplizierte Lösung ergeben. Insoweit kommt § 266 BGB allenfalls verdeutlichende Funktion zu. - Ergänzend könnte die Anwendung der Bestimmung bei nicht durch Auslegung überbrückbaren Vertragslücken und bei auf gesetzlicher Anordnung beruhenden Schuldverhältnissen in Frage kommen.

Scharf ausgeprägt ist nun aber der Kontrast zwischen der rechtlichen Selbstverständlichkeit der in § 266 BGB getroffenen Regelung und den praktisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten. Beim Stichwort "Teilleistung" drängt sich das Sprichwort vom Spatzen in der Hand, der der Taube auf dem Dach vorzuziehen sei, geradezu auf (4). Tatsächlich wird denn auch der Gläubiger sehr häufig angebotene Teilleistungen annehmen, um wenigstens etwas in der Hand zu haben und bei Insolvenz des Schuldners nicht ganz leer auszugehen (5). Die allgemeine inflationäre Entwicklung wird es bei Geldschulden dem Gläubiger zusätzlich ratsam und vernünftig erscheinen lassen, jeden angebotenen Teilbetrag anzunehmen und ihn möglichst günstig anzulegen. Hier wird der Gläubiger oft über Teilleistungen eher erfreut sein und nicht ablehnend reagieren.

Bei Teilleistungen auf eine erst erfüllbare, noch nicht fällige Forderung stellt sich die allgemeinere Frage, was die Bestimmung des § 266 BGB bezwecken, wen sie schützen soll. Die Unzulässigkeit einer verspäteten Leistungserbringung, einer fehlerhaften oder aliud-Leistung wird auch dem juristischen Laien sofort einleuchten - nicht verstehen wird er die umfassend formulierte Regelung des § 266 BGB, wenn er sich Fälle vorstellt, in denen zum Fälligkeitstermin die Gesamtforderung beglichen ist, die Teilleistungen also "Vorleistungen" waren, und der Gläubiger keinerlei Nachteile hatte.

4) Rother, NJW 1965, 1749 ff.

5) Medicus, Schuldrecht I, § 17 I.

Schließlich wird das Zurückweisungsrecht nach § 266 BGB auch in den Fällen seltener ausgeübt werden, in denen Gläubiger und Schuldner gerade darüber uneins sind, was Teil-, was Volleistung ist. Es wird zumeist beiden Seiten wünschenswert erscheinen, die gemeinsamen Positionen durch Erfüllung zu erledigen und die Auseinandersetzung auf die wirklich streitigen Punkte zu konzentrieren. Diese Fallgestaltung führt i.Ü. - beruft sich der Gläubiger doch einmal auf ein Zurückweisungsrecht (§ 266 BGB) - zu den heute am meisten erörterten Anwendungsproblemen (6).

Die Inkongruenz der in § 266 BGB getroffenen Regelung und der regelmäßigen Interessenlage der Beteiligten erklärt, daß die Ausübung des Zurückweisungsrechts durch den Gläubiger häufig unbillig erscheint. Entsprechend haben weniger der Grundsatz, als vielmehr die Einschränkungen der Norm in vielen Einzelfällen Probleme aufgeworfen und zu Kontroversen Anlaß gegeben.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, die erforderliche Grenzziehung vorzunehmen. Dazu sei zunächst dargestellt, wie § 266 BGB seit seinem Inkrafttreten ausgelegt und angewandt wurde, insbesondere aber, welche Einschränkungen dabei anerkannt wurden.

6) s.u. §§ 4 II, 14, 18, 19, 20 I.

1. Kapitel

§ 266 BGB in der Sicht von Rechtsprechung und Lehre

§ 1) Die Auslegung des Tatbestands

I) Vorbemerkung

Es fällt auf, entspricht aber vielleicht der Kürze der gesetzlichen Regelung, daß Rechtsprechung und Literatur nur wenig intensive Erörterungen geringen Umfangs auf die Auslegung des § 266 BGB verwenden. Eine monographische Abhandlung, die sich ausschließlich mit der Bestimmung befaßt, existiert nicht; freilich hat sich Gernhuber (1) in jüngster Zeit im Rahmen seiner Arbeit über die Erfüllung ausführlicher geäußert. Nacken (2) und Dörfelt (3) sowie eine Reihe anderer Autoren von Zeitschriftenbeiträgen (4) erörterten dagegen nur Einzelaspekte.

II) Die einzelnen Tatbestandselemente

1) Die Leistung eines Teils als rein quantitatives Zurückbleiben hinter der geschuldeten Gesamtleistung

Der Begriff Teilleistung wird in der modernen Literatur (5) zu-

-
- 1) Gernhuber, § 8, 1 u. 2.
 - 2) Nacken, S. 6 ff.
 - 3) Dörfelt, insbes. S. 62 ff.
 - 4) hier nur: Baumgärtel, VersR 1970, 969 ff.; Boetzing, VersR 1968, 1124 f.; Roidl, NJW 1968, 1865 ff.; ders., VersR 1967, 927 f.; Hans Wolfgang Schmidt, VersR 1966, 266 f.; ders., DAR 1968, 143 ff.
 - 5) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 226 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 3 zu § 266 BGB; anders Medicus, Schuldrecht I, § 17 I, der in dem Beispielfall auf S. 65 o. nicht die Ergänzzbarkeit voraussetzt, sondern die Erfüllungswirkung verneint.

meist definiert als gegenüber der geschuldeten Leistung mengenmäßig zurückbleibende, aber doch durch weitere Leistungen noch zu ihr ergänzbare Teilerfüllung, mag auch der Schuldner weitere Leistungen nicht mehr beabsichtigen (6).

Die rein quantitative Betrachtungsweise dieser Definition schafft eine einleuchtende Abgrenzung von der fehlerhaften und aliud-Leistung: eine bloße zusätzliche Lieferung vermag dort kein Anwachsen zur vollen Leistung zu bewirken. Um die "berühmten" Fälle zu variieren: werden 2,00 m lange Holzbretter zum Einbau bestellt, 1,80 m lange geliefert, liegt eine fehlerhafte, nicht eine Teilleistung vor (7). Die Lieferung eines Zwergpudels ist eine Aliud-Lieferung zum vereinbarten Pudel, nicht eine Teilleistung (8).

Diese Definition eröffnet dem § 266 BGB jedoch einen weiteren Anwendungsbereich als die gemeinrechtliche "Einheitstheorie" (9), nach der nur eine "teilbare" Leistung unter § 266 BGB subsumiert wurde (10). Soweit nämlich "Teilbarkeit" nur bei Zerlegbarkeit in untereinander und mit der Gesamtleistung inhaltsgleiche Teile angenommen wurde, konnte die Bestimmung nur dann herangezogen werden, wenn eine in Maßeinheiten ausgedrückte Menge aus einer Gattungsschuld (einschließlich Geldschuld) zu erbringen war. Coing (11), Flume (12), Nacken (13), Keller (14) und Gernhuber (15) ha-

- 6) Gernhuber, § 8, 1.
- 7) Palandt-Putzo, Anm. 1 d zu § 459 BGB; Staudinger-Ostler, 11. A., Rz. 22 a zu § 459 BGB; RGRK-Mezger, Rz. 5, 12 zu § 459 BGB.
- 8) Palandt-Putzo, Anm. 2 a vor § 459 BGB; Erman-Sirp, Rz. 2 zu § 459 BGB; RGRK-Mezger, Rz. 7 zu § 459 BGB.
- 9) so kritisch Coing, SJZ 1949, 532 ff. (534).
- 10) vgl. dazu unten § 5 VII;
Windscheid-Kipp, § 252; v. Savigny, Obligationenrecht, §§ 29-36; von Vangerow, § 567 Anm. 2; Endemann, § 53, § 120 Fn. 4.
- 11) Coing, a.a.O.
- 12) Flume, SJZ 1949, 88 ff. (93).
- 13) Nacken, S. 35.
- 14) MüKo-Keller, Rz. 3 zu § 266 BGB.
- 15) Gernhuber, § 8, 1.

ben sich ausdrücklich gegen die in ihrer Sicht verallgemeinernde Einführung dieser Teilbarkeitsdefinition in die Regelung des § 266 BGB gewandt. Sie entspränge einer übertriebenen begriffsbezogenen Sicht und verwische die Wertungsunterschiede, die zwischen §§ 266, 275, 420 BGB, 18 UG bestünden.

Zumindest für das Tatbestandsmerkmal Teilleistung des § 266 BGB hat die Rechtsprechung das Erfordernis der qualitativen Identität zwischen geleisteten Teilen und geschuldetem Ganzen niemals aufgestellt. Demgemäß wurden als Teilleistung etwa angesehen: die Anlieferung von 34 Säcken Mimosarinde statt der vereinbarten 60 Säcke (16), das Angebot von DM 7500 Schmerzensgeld statt von DM 15000, die das Gericht später dem Kläger zusprach (17), aber auch die nur teilweise Räumung einer gepachteten Gastwirtschaft (18).

Auch in der Literatur wird im Rahmen des § 266 BGB das Merkmal der Teilbarkeit oft gar nicht mehr erwähnt (19). Kreß (20) nennt es zwar, stellt aber ausdrücklich fest, daß Teilleistungen bei Stückschulden, Gattungsschulden und Geldschulden vorkommen können. Häufig wird erkennbar eine gewandelte Bedeutung des Merkmals unterstellt: teilweise soll herausgehoben werden, daß durch die aufgeteilte Erfüllung weder Wert noch Tauglichkeit der Gesamtleistung geschmälert werden dürfen, also der Teilbarkeitsbegriff die Abgrenzung von der fehlerhaften Leistung schaffen (21). - Teilweise

16) OLG Hamburg SeuffA 41, 941, Nr. 41.

17) LG Augsburg DAR 1965, 327.

18) LG Mannheim MDR 1965, 140.

19) Fikentscher, § 30; Larenz, Schuldrecht I, § 14 I; Alt. Komm.-Dubischar, Rz. 1; ausdrücklich ablehnend: Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 3 zu § 266 BGB.

20) Kreß, S. 382; a.A. Esser-Schmidt, § 15 III: keine Anwendbarkeit auf Stückschulden.

21) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b zu § 266 BGB; Nacken, S. 34 m.; ähnlich Staudinger-Selb, Rz. 3, der Inhaltsgleichheit nur noch der Raten untereinander fordert.

soll durch das Merkmal der Teilbarkeit aber auch die sog. unvollständige Leistung, also die Zwischenetappe auf dem Weg zur Erbringung des Leistungserfolgs, aus dem Anwendungsbereich des § 266 BGB ausgenommen werden (22), was andere Autoren erst durch das Merkmal der Teilerfüllung erstreben (23). Ausschlaggebender Maßstab für die "Teilbarkeit" sollen nach manchen mehr die gemeinsamen Vorstellungen der Parteien beim Vertragsabschluß (24) und normative Kriterien als die physikalischen Verhältnisse sein. Demgemäß werden die Verpflichtung zur Rechnungslegung, zur Abgabe eines Verzeichnisses (25) sowie zur Auskunftserteilung (26) als "unteilbar" angesehen.

2) Die Leistung im Sinne von § 266 BGB

a) Die Anknüpfung an §§ 362 ff. BGB - das Kriterium der Teilerfüllungswirkung

Der den Regeln über die Erfüllung zugrundeliegende Leistungsbe-
griff - nämlich der des Leistungserfolgs (27) - wird zumeist
ohne ausdrückliche Verweisung auch beim Tatbestandsmerkmal "Teil-
leistung" angewandt (28), wie § 266 BGB umgekehrt als Hilfsnorm
des Erfüllungsrechts zitiert wird (29).

22) Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB.

23) dazu s.u. § 1 II 2 a.

24) Staudinger-Selb, Rz. 3; Erman-Sirp, Rz. 1; Planck, Anm. 1
zu § 266 BGB; Enneccerus-Lehmann, § 21 1.

25) Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB; unklar BGHZ 33, 373.

26) BGH NJW 1957, 793.

27) Wieacker, Festschrift für Nipperdey I (1965), S. 790.

28) mit Verweisung Staudinger-Selb, Rz. 2 zu § 266 BGB.

29) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 362 BGB.

aa) Vorbereitungshandlungen sind keine Teilleistung

Als Teilleistung kommt danach nur eine partielle Herbeiführung des Leistungserfolgs in Betracht, die eine Teilerfüllungswirkung auslöste, gäbe es die Regelung des § 266 BGB nicht. Vorbereitungshandlungen des Schuldners zur Erbringung des Leistungserfolgs, wie etwa die beim Werkvertrag notwendig zu durchlaufenden Zwischenstadien bis zur Vollendung des Werkes sind danach keine Teilleistungen. Ist etwa vereinbart, daß ein Haus zu errichten ist, stellt das Erreichen der Baustufen keine Teilleistung dar (30); ist dagegen ein Haus sowie eine Gartenmauer zu errichten, liegt mit Fertigstellung des Hauses eine Teilleistung vor.

bb) Die Auswirkungen von Vorbehalten des Schuldners bei Erbringung der Teilleistung

Ist das Angebot des Schuldners mit einem Vorbehalt verknüpft, der die (Teil-)Erfüllungswirkung ausschließt, liegt kein Angebot i.S.v. § 266 BGB vor.

Der Schuldner muß - dem Gläubiger erkennbar - im Vorbehalt den Erfüllungszweck seines Angebots, der regelmäßig zu vermuten ist (31), ausschließen.

Die Auslegung kann folgende Bedeutungen ergeben: Bei zwischen den Parteien umfangmäßig bestrittenen Ansprüchen wird häufig ein Vergleichs- oder Darlehensantrag vorliegen (32), den der Gläubiger unabhängig von § 266 BGB ablehnen kann. Der Abschluß eines Ver-

30) Beispiel von Staudinger-Selb, Rz. 2; zustimmend Gernhuber, § 8, 1, der einschränkend darauf hinweist, daß die Vertragsparteien auch eine Abnahme nach Baustufen vereinbaren können.

31) Larenz, Schuldrecht I, § 18 I; Staudinger-Kaduk, 10./11. A., Rz. 11 zu § 362 BGB.

32) Zum Darlehen: Schmalz1, VersR 1965, 423;
Zum Vergleich: OLG Düsseldorf VersR 1966, 1055; Ruhkopf, VersR 1967, 927.

trags kann ihm ja auch im Rahmen eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses regelmäßig nicht aufgezwungen werden. Mit der Ablehnung verhindert er auch den Eintritt der Erfüllungswirkung.

Auch einer sog. "Erfüllungsvorleistung" (33) kommt nicht unter allen Umständen Erfüllungswirkung zu. Will der Schuldner durch einen entsprechenden Vorbehalt eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Bestehens der Forderung erreichen, die bei der Geltendmachung des bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs zum Tragen käme, liegt nach allgemeiner Ansicht keine Leistung im Sinne der §§ 362 ff. BGB vor (34). Der Gläubiger kann ein solches Angebot als nicht dem Schuldverhältnis entsprechend zurückweisen, § 266 BGB ist tatbestandlich nicht erfüllt. - Dagegen wird die Erfüllungswirkung bejaht, wenn der mit dem Leistungsangebot verknüpfte Vorbehalt nur die Berufung des Gläubigers auf § 814 BGB ausschließen soll (35): Hier will der Schuldner nur eine ohnehin vom Gläubiger zu beweisende Einrede ganz abschneiden. Die Beweislast für das Nichtbestehen der Forderung verbleibt dagegen auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung beim Schuldner.

Die Erfüllungswirkung soll schließlich in der Schwebe bleiben, wenn der Schuldner einen erst vorläufig vollstreckbaren Titel befolgt, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden (36). Ein entsprechender Vorbehalt gilt hier sogar als stillschweigend erklärt, wenn der Schuldner nicht ausdrücklich die titulierten Ansprüche anerkennt.

33) vgl. Leonhard, VersR 1967, 534; Baumgärtel, VersR 1970, 969 ff. (1970); Schmalz1, VersR 1965, 423.

34) Staudinger-Kaduk, Rz. 7 zu § 362; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 362 BGB.

35) Staudinger-Kaduk, Rz. 13-15 zu § 362 BGB.

36) Staudinger-Kaduk, Rz. 20 ff. zu § 362 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 362 BGB; BGH WPM 1965, 1022; BGH WPM 1968, 923; BGH NJW 1981, 1729 (1730); BGH NJW 1981, 2244.

cc) Unabhängigkeit von irrigen Vorstellungen der Parteien

Da §§ 362 ff. BGB ausschließlich auf den objektiv geschuldeten Leistungserfolg abstellen, liegt auch bei Irrtümern der Beteiligten tatbestandlich immer dann eine Teilleistung vor, wenn die geschuldete Quantität nicht erreicht wird. Weder befreit den Schuldner sein guter Glaube daran, alles Geschuldete erbracht zu haben, noch ändert ein diesbezüglicher Irrtum des Gläubigers die materielle Rechtslage. § 363 BGB enthält lediglich eine Beweislastumkehr (37).

b) Die Ableitung aus § 366 BGB insbesondere: der Einzelanspruch als Grenze der Anwendung von § 266 BGB

aa) Grundsätzliches

§ 266 BGB gilt jeweils nur im Rahmen eines einzelnen Anspruchs. Dies ergibt sich allgemein schon daraus, daß auch die Leistung im Sinne von §§ 362 ff. immer nur das Erlöschen des Schuldverhältnisses im engeren Sinne, also des Einzelanspruchs, bewirkt und § 266 BGB an diesen Regelungskomplex anknüpfen soll (38). Einsichtig wird die Einschränkung des § 266 BGB auf den einzelnen Anspruch, wenn man § 366 BGB ins Auge faßt. Die Bestimmung regelt die Anrechnung einer Leistung des Schuldners, wenn dem Gläubiger mehrere Forderungen zustehen. Die Zulässigkeit einer isolierten Leistung auf eine von mehreren Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner wird darin vorausgesetzt, unabhän-

-
- 37) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 a zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 2 zu § 266 BGB; Gernhuber, § 6, 1; daher muß von den Verfechtern einer restriktiven Anwendung auch ein diesbezügliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal bzw. eine entsprechende Einschränkung über § 242 BGB angenommen werden, s.u. § 4 III 4.
- 38) Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 362 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 2 zu § 266 BGB.

gig davon, ob diese Forderungen aus einem oder mehreren Schuldverhältnissen im weiteren Sinne stammen (39). Will man also sowohl für § 366 als auch für § 266 BGB einen vernünftigen Anwendungsbereich erreichen, ist die Einschränkung der letzteren Norm auf Leistungen im Rahmen eines Einzelanspruchs zwingend (40): Ist etwa ein sog. Sukzessivlieferungsvertrag (41) geschlossen, wonach der Verkäufer auf Abruf jeweils die gewünschte Menge zu liefern hat, ist eine solche Einzellieferung keine Teilleistung, sondern die korrekte Erfüllung des Einzelanspruchs. - Hat der Käufer durch Zufall den Verkäufer durch eine vom Kaufgeschäft unabhängige unerlaubte Handlung, etwa ein Fehlverhalten im Verkehr, geschädigt, kann er zunächst Ersatz leisten oder den Kaufpreis bezahlen, ohne daß § 266 BGB einschlägig wird (zwei Schuldverhältnisse im weiteren Sinn).

bb) Die Einzelfälle

Nun gibt es allerdings bei der Frage, ob dem Lebenssachverhalt nach typischerweise zusammentreffende Leistungsverpflichtungen rechtlich einen einzigen oder mehrere Ansprüche bilden, eine Fülle von ungeklärten Konstellationen. Hier seien nur die wichtigsten aufgezählt:

Im Einzelfall bereitet es häufig Schwierigkeiten, die aufgrund eines einheitlichen Vertrages geschuldeten Hauptleistungen aufzugliedern, dies insbesondere bei einheitlicher Fälligkeit: Für

39) Staudinger-Kaduk, Rz. 6 u. 7 zu § 366 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 366 BGB m.w.N.

40) Staudinger-Selb, Rz. 4 zu § 266 BGB; Enneccerus-Lehmann, § 21 I a; Esser-Schmidt, § 15 III; unklar Staudinger-Kaduk, der trotz angenommener Anspruchsmehrheit von Teilleistung spricht: Rz. 7 u. 8 zu § 366 BGB.

41) nach h.A. also ein Schuldverhältnis im weiteren Sinn, aus dem viele Einzelansprüche entspringen, vgl. Palandt-Heinrichs, Anm. 2 e zu § 194 BGB.

Anspruchseinheit sprechen die äußerlich erkenntliche Zusammenfassung in einer Vereinbarung, eventuell sogar in einer Vertragsurkunde, die gleichzeitige Fälligkeit sowie die Tatsache, daß oft in den Augen der Parteien Zusammengehöriges zusammen verhandelt und vereinbart wird. Diese eher äußerliche Betrachtungsweise wird im Einzelfall durch weitere Überlegungen bestätigt: Wird etwa die Obereignung einer Sachgesamtheit (42), einer Hauptsache mit Zubehör oder nach dem Parteiwillen zusammengehörender Sachen (43) geschuldet, liegt nur ein Obereignungsanspruch vor. Als Indiz für einen auf Anspruchseinheit abzielenden Parteiwillen wird die Vereinbarung eines nicht aufgeschlüsselten Gesamtpreises angesehen, während ein aus Einzelposten zusammengesetzter Summenpreis den Rückschluß auf mehrere Ansprüche zuläßt (44).

Dagegen sollen bei der äußerlichen Verknüpfung verschiedener Vertragstypen, auch wenn die daraus resultierenden Ansprüche gleichzeitig fällig werden, mehrere Ansprüche vorliegen. Nicht zusammengehörige Kaufgegenstände sollen aufgrund getrennter Ansprüche geschuldet sein (45).

Das Verhältnis von der sog. "Hauptschuld" zu den daraus resultierenden Zinsansprüchen ist sehr umstritten. Manche Autoren nehmen hier einen einheitlichen Anspruch an (46), andere stets zwei (47), wieder andere differenzieren schließlich: vertraglich vereinbarte

42) so Endemann, S. 677, für Bibliothek.

43) ders., a.a.O., für Pferdegespann.

44) ders., a.a.O.

45) Cosack, S. 417.

46) Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 3 zu § 266 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB; Endemann, § 139, S. 786; Enneccerus-Lehmann, S. 243.

47) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 zu § 266 BGB; Oertmann, § 266, Anm. 1 e; Gernhuber, § 8, 2; für Anspruchsverschiedenheit, aber grundsätzliche Betrachtung als "rechtlich verbundene Ansprüche" bei gleichzeitiger Fälligkeit von Zinsen und Kapital: Cosack, S. 378/380.

Zinsen werden wegen § 367 BGB als selbständiger Anspruch betrachtet, gesetzliche dagegen als Element des Hauptanspruchs (48). Zur Begründung wird zumeist recht apodiktisch ausgeführt, es läge nur ein, bzw. von den Vertretern der Gegenmeinung, es lägen eben mehrere Schuldverhältnisse vor.

Auch die Kosten werden teils als Unterelement der Hauptschuld (49), teils als eigenständiger Anspruch angesehen (50).

Die Vertragsstrafe soll eine von der Hauptschuld getrennte zusätzliche Forderung darstellen (51), während der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzugschaden wieder abweichend zugeordnet wird (52).

Da sich die geschuldete Leistung nach dem zugrundeliegenden Anspruch bestimmt, kann bei teilweisem Untergehen dieses Anspruchs durch Teilunmöglichkeit (§ 275 BGB) nicht mehr von einer Teilleistung hinsichtlich des Leistungsrests (53) gesprochen werden. - Fraglich ist aber, ob bei verschuldeter Teilunmöglichkeit ein einheitlicher Anspruch weiterbesteht, der sich teilweise auf Schadensersatz, teilweise auf den noch möglichen Teil des primär Geschuldeten richtet - dann wäre das Angebot des Schadensersatzes allein eine unzulässige Teilleistung -, oder ob eine Aufspaltung

48) MüKo-Keller, Rz. 5 zu § 266 BGB; Esser-Schmidt, § 15 III; Eberhard, Gruchot's Beiträge 56, 73.

49) Achilles-Greiff, Rz. 1 zu § 266 BGB; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 3 zu § 266 BGB;
für materielle Kosten: Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB.

50) für Prozeßkosten: Staudinger-Selb, a.a.O.; Gernhuber, § 8, 2; allgemein: MüKo-Keller, Rz. 5 zu § 266 BGB.

51) MüKo-Keller, a.a.O.; Palandt-Heinrichs, Anm. 3 zu § 266 BGB.

52) Für Eigenständigkeit: Palandt-Heinrichs, Anm. 3 zu § 266 BGB; Scherner, JR 1971, 443;
für Einheit: MüKo-Keller, Rz. 6 zu § 266 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB.

53) So jetzt ausdrücklich: Gernhuber, § 8, 1.

in zwei Ansprüche eintritt (54).

Allgemein anerkannt ist, daß die aus einem Dauerschuldverhältnis oder einem Sukzessivlieferungsvertrag entspringenden Einzelverpflichtungen auf mehreren getrennten Ansprüchen beruhen: so wird der Mietzins für einen Monat aufgrund eines eigenständigen, sich mit der Zahlung erledigenden Anspruchs geschuldet (55). Wenn mehrere solche aus einem Dauerschuldverhältnis heraus geschuldete Einzelraten rückständig sind und "auflaufen", stellt sich jedoch die Frage, ob ein einheitlicher, anwachsender Anspruch entsteht, auf den § 266 BGB anwendbar wird (56), oder ob die Raten ihren Charakter als Einzelansprüche behalten, mit der Folge, daß der Schuldner ein Anrechnungsbestimmungsrecht nach § 366 BGB erhält (57).

Ungeklärt ist auch, wie die nach einem komplexeren Schadensereignis (etwa einem Verkehrsunfall) entstehenden Schadensersatzansprüche aufzugliedern sind. - Die Rechtsprechung hat die Frage im Rahmen der Abgrenzung von §§ 266, 366 BGB noch nicht behandelt, geht aber bei der *cessio legis* von fünf sog. "Schadensgruppen" aus:

-
- 54) Für Eigenständigkeit: Palandt-Heinrichs, Anm. 3 zu § 266 BGB; Staudinger-Werner, 11. A., Rz. 3 zu § 266 BGB; für Einheit: MüKo-Keller, Rz. 6 zu § 266 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 3 zu § 266 BGB; Gernhuber, § 8, 2;

Es sei darauf hingewiesen, daß nach der in § 1 II 1 beschriebenen Einheitsdoktrin auch Teilunmöglichkeit nur bei teilbaren Leistungen eintreten konnte, so etwa Crome, § 145; Ubbelohde, § 4; Windscheid-Kipp, § 253; Heute wird zur Abgrenzung zwischen Teil- und Gesamtunmöglichkeit der Leistungszweck herangezogen, Larenz, Schuldrecht I, § 21 I; Palandt-Heinrichs, Anm. 5 zu § 275 BGB.

- 55) Staudinger-Dilcher, Rz. 8 zu § 194; MüKo-von Feldmann, Rz. 3 zu § 224 BGB.
- 56) Niendorff, S. 205 u.
- 57) Erman-Sirp, Rz. 6 zu § 266 BGB; Mittelstein, S. 342; Palandt-Heinrichs, Anm. 3 zu § 266 BGB; Gernhuber, § 8, 2.

Sachschaden - Körper- und Gesundheitsschäden - Schmerzensgeld - vermehrte Bedürfnisse - Erwerbsausfall (58). Wussow will diese von der Rechtsprechung gemachte Unterscheidung verallgemeinern (59). Sie ergäbe sich aus der Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter einerseits (Körper und Gesundheit oder aber Eigentum) sowie der speziellen Regelung in §§ 843, 847 BGB andererseits. Eine noch weitergehende Unterteilung setzt Hans Wolfgang Schmidt (60) voraus, wenn er die Forderung auf Ersatz von Mietwagen- und Reparaturkosten als zwei unabhängige Ansprüche bezeichnet. Eine Begründung dafür fehlt allerdings. - Dörfelt (61) kritisiert, daß die Unterscheidung zwischen Erwerbsschaden und vermehrten Bedürfnissen nur im Rahmen der *cessio legis* nach § 1542 RVO a.F. (seit 1.7.1983: §§ 116, 117 SGB-X) nötig sei, da danach nur der Anspruch auf Ersatz von Erwerbsschaden übergehe. Grundsätzlich sei die Unterteilung nicht nur überflüssig, sondern sogar falsch, weil eine einheitliche Rente nach §§ 842, 843 BGB zu gewähren sei (62). - Die Unterteilung der Rechtsprechung will Dörfelt nur noch als Hilfestellung bei der "ersten Orientierung" (63) gelten lassen. Für die Anwendung des § 266 BGB hält er eine Aufteilung des sog. Gesamtschadensersatzanspruchs für "nicht sinnvoll" (64) und favorisiert eine andere, erst später darzustellende Lösung (65).

58) für Schmerzensgeld: RGZ 140, 392 (395o.); 149, 157 (166/167); Abgrenzung Schmerzensgeld - §§ 842/843 BGB: RGZ 170, 37 (39); Unterscheidung Erwerbsnachteile - vermehrte Bedürfnisse im Rahmen der *cessio legis*: BGH VersR 1956, 22 f.; BGH NJW 1974, 41 ff. (43); Ausgrenzung der Heilungskosten: BGH NJW 1973, 1196 (1197) im Rahmen der *cessio legis*; RGZ 158, 176 (178/179) im Rahmen von § 839 Abs. 1 S. 2 BGB.

59) Wussow, Rz. 970; ähnlich Gernhuber, § 8, 6 a.E.

60) Hans Wolfgang Schmidt, DAR 1968, 144.

61) Dörfelt, S. 50, 60 f.

62) Palandt-Thomas, Anm. 1 zu § 843 BGB.

63) Dörfelt, S. 59.

64) ders., S. 67.

65) s.u. § 4 III 4 b bb.

c) Die Gleichstellung von Teilleistung und Teilhinterlegung

Aus der Anknüpfung an den Leistungsbegriff der §§ 362 ff. BGB ergibt sich weiter, daß § 266 BGB Geltung auch für die Teilhinterlegung zugesprochen wird, der bei ausgeschlossener Rücknahme ebenfalls Erfüllungswirkung zukommt, § 378 BGB. Der BGH hat dies ausdrücklich anerkannt (66), in der Literatur wird es ebenfalls nicht bezweifelt (67).

d) Die Erstreckung des § 266 BGB auf die Teilkündigung seitens des Schuldners

Das Reichsgericht (68) stellt die Teilkündigung seitens des Schuldners der Teilleistung gleich; eine genaue Begründung wird nicht gegeben. Da die schuldnerseitige Kündigung, falls aufgrund Vertrags oder Gesetzes erforderlich, der Leistungserbringung notwendigerweise vorausgeht, erscheint die angenommene Vorwirkung verständlich (69).

3) Zulässigkeit von Teilabtretungen, Teilforderungen und Teilklagen durch den Gläubiger

Schon seinem Wortlaut nach bezieht sich § 266 BGB nur auf die Erfüllung seitens des Schuldners, nicht auf Teilforderungen, Teilklagen und Teilabtretungen durch den Gläubiger (70). Dies wird als ein Ausfluß des Grundsatzes *maius minus continet* angesehen (71), denn der Gläubiger könne ja auch die ganze Forderung abtre-

66) BGH WPM 1961, 1370 = MDR 1962, 120 = LM Nr. 6 zu § 378 BGB.

67) vgl. MüKo-Keller, Rz. 9 zu § 266 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 a a.E.

68) RGZ 111, 397 (401).

69) unklar Thiele, AcP 89, 85 ff. (154).

70) Enneccerus-Lehmann, § 21, 2 Erman-Sirp, Rz. 8 zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 20 zu § 266 BGB; h.L.

71) Staudinger-Selb, Rz. 13 zu § 266 BGB.

ten, einfordern und einklagen.

Zulässigkeitsgrenze soll lediglich das allgemeine Schikaneverbot sein: so wird verlangt (72), daß durch eine partielle Abtretung keine Erschwernisse für den Schuldner auftreten. Die schrittweise Klage auf kleinste Teilbeträge einer umfangreichen Forderung wird als schikanös angesehen (73).

Obwohl sie dem Tatbestand nicht direkt unterfallen, werden diesen Rechtshandlungen Auswirkungen auf § 266 BGB zugeschrieben: bei der Teilabtretung entstehen zwei Ansprüche, denn der Schuldner sieht sich nun ja zwei Gläubigern gegenüber, bei denen jeweils ein Leistungserfolg eintreten muß (74). Bei Teileinforderung und Teilklage soll eine "rechtliche Verselbständigung" (75) eintreten, die in ihrer Wirkung für § 266 BGB einer Aufspaltung in zwei Ansprüche gleichkommt (76).

III) Die Stellung des § 266 BGB im Allgemeinen Teil des Schuldrechts

Die systematische Auslegung aus dem Kontext des § 266 BGB wird in der Regel nicht als solche gekennzeichnet; nur die daraus abgeleiteten Folgerungen werden ausdrücklich benannt:

72) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 b zu § 398, Anm. 5 zu § 399 BGB; BGHZ 23, 53 (56).

73) MüKo-Keller, Rz. 20 zu § 266 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 13 zu § 266 BGB.

74) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 b zu § 398 BGB; Gernhuber, § 8, 8 b.

75) RGZ 66, 266 (271).

76) s.u. § 4 II 1.

1) Die Dispositivität der Regelung

§ 266 BGB kann, wie die meisten der schuldrechtlichen Regelungen, ausdrücklich oder, was viel häufiger vorkommt, konkludent abbedungen werden. Genannt werden v.a. Sukzessivlieferungsgeschäfte und Dauerschuldverhältnisse (77).

Konkludente Abdingung kommt besonders häufig bei Lieferungsgeschäften über große Warenmengen oder sperrige Güter in Betracht, etwa wenn die branchenüblichen oder nach Treu und Glauben (§ 157 BGB) zu erwartenden Transportkapazitäten für eine einmalige Anfuhr nicht ausreichen (78).

2) Ihre umfassende Geltung

Nach der Aufbausystematik des BGB - die allgemeinen Normen jeweils voranzustellen (79) - beansprucht § 266 BGB Geltung für zumindest alle schuldrechtlichen Ansprüche, soweit nicht speziellere Regelungen entgegenstehen. Die ganz h.L., insbesondere aber die Rechtsprechung wenden die Bestimmung daher bei rechtsgeschäftlichen und bei auf Gesetz beruhenden Ansprüchen an. Die Heranziehung der Norm bei sog. Gesamtschadensersatzansprüchen nach einem Verkehrsunfall ist zumindest für die Praxis geradezu das Hauptproblem in diesem Bereich geworden (80).

In einem Großkommentar (81) wird § 266 BGB zwar als Auslegungsregelung bezeichnet, wobei eine nähere Begründung nicht erfolgt.

77) Medicus, Schuldrecht I, § 17 I; Enneccerus-Lehmann, § 21 I a; Erman-Sirp, Rz. 5 zu § 266 BGB; Gernhuber, § 8, 8 a.

78) Beispiel von Oertmann, S. 113; Gleiches dürfte bei Inkompatibilität der Güter oder bei Bestehen entsprechender Verbote gelten.

79) Larenz, AT, § 1 IV c.

80) s.u. § 4 III 4.

81) MüKo-Keller, Rz. 8 zu § 266 BGB.

Aus den weiteren Erörterungen ergibt sich dann (82), daß auch nach dieser Auffassung eine Anwendung auf nicht rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse (Schadensabwicklung) erfolgen soll. Der Terminus "Auslegungsregelung" ist also vom Autor nicht im strengen Sinn einer Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse verstanden worden, vielmehr wird dem § 266 BGB indirekt der Charakter einer allgemeinen dispositiven Norm zugesprochen.

Nur recht spärlich erörtert wird die Frage der Anwendbarkeit auf Ansprüche, die ihren Grund außerhalb des Schuldrechts haben: Auf den familienrechtlichen Unterhaltsanspruch wird § 266 BGB angewandt (83), für nicht auf Geld gerichtete Ansprüche wird die Frage nicht behandelt.

Die zumeist recht allgemein gehaltenen Erörterungen über die Anwendbarkeit allgemeiner schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche gehen zumeist dahin, sie zu bejahen, soweit dies "mit dem dinglichen Rechtsgeschäft vereinbar" (84) sei. Demnach könnten etwa bei Herausgabeansprüchen an eine Heranziehung des § 266 BGB gedacht werden.

3) Die Höherrangigkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben

Mes (85) bezeichnet § 266 BGB als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Andere (86), v.a. aber sehr viele einschlä-

82) MüKo-Keller, a.a.O., Rz. 16-18.

83) OLG Stuttgart NJW 1978, 112; grundsätzlich wohl auch Winter, NJW 1978, 706 für tatbestandliche Anwendbarkeit.

84) h.A., vgl. etwa Palandt-Bassenge, Anm. 5 a vor § 854 BGB.

85) Mes, ZJP 85, 336.

86) MüKo-Keller, Rz. 15 zu § 266 BGB; Erman-Sirp, Rz. 3 zu § 266 BGB;

ähnlich Esser-Schmidt, § 15 III; Emmerich in: Grundlagen, § 8 I; a.A. Rother, NJW 1965, 1749 ff.; Roidl, NJW 1968, 1865 ff.; Boetzing, VersR 1968, 1124 ff.; s.u. § 4 III 4.

gige Entscheidungen (87), gebrauchen die Formulierung, die Regel werde vom Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt. Die weitreichenden Folgen, die aus dieser Herleitung gezogen werden, sind später darzustellen (88).

4) § 266 BGB als Regelung der Leistungsmodalitäten

Mit der unmittelbaren Nähe der Norm zu §§ 267 (Drittleistung), 269 (Leistungsort) und 271 (Leistungszeit) BGB wird ihre Funktion als Regelung eines Aspekts der Leistungsmodalitäten begründet (89). Die Auslegung aus der systematischen Stellung ergänzt insoweit die Wortlautauslegung (90).

IV) Die teleologische Auslegung der Norm

Unter Berufung auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1912 (91) wird der Zweck des § 266 BGB bis heute einstimmig in der Verhinderung von Belästigungen des Gläubigers durch die mehrfache In-Empfangnahme der Leistung gesehen (92).

Das sog. "Belästigungsargument" läßt sich bei Leistungen von Waren und Nicht-Geldschulden sehr plastisch begründen: dem Gläubiger sei es nicht zuzumuten, Teilmengen aufzubewahren, das Risiko einer Beschädigung oder Zerstörung zu tragen (93) oder über

87) OLG Nürnberg VersR 1964, 834 ff.; LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 ff.; LG Köln VersR 1966, 966 (967); OLG München VersR 1959, 550 (551).

88) s.u. § 4 III 4.

89) Medicus, Schuldrecht I, § 17 vor I; Mes, ZZP 85, 335.

90) s.o. § 1 II 2.

91) RGZ 79, 359 f.

92) h.A., vgl. MüKo-Keller, Rz. 1 zu § 266 BGB; Leonhard, VersR 1967, 535; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 2 zu § 266 BGB.

93) Rother, NJW 1965, 1765.

die ausstehenden Restlieferungen weiter Buch zu führen (94). Als nicht mehr so offenkundig wird von manchen die Belästigung durch den Erhalt von Teilleistungen bei unbaren Geldleistungen angesehen (95). Hier muß die Belästigung durch zusätzliche Buchungsvorgänge betont werden (96).

§ 2) Die materiellen Rechtsfolgen einer Teilleistung

1) Entgegennahme der Teilleistung durch den Gläubiger

1) In Kenntnis der Teilleistung

a) Der Regelfall: § 266 BGB - § 363 BGB - die Grundsätze über die Verwirkung (§ 242 BGB)

Die Annahme der Teilleistung bewirkt nur eine Teilerfüllung des Schuldverhältnisses, § 362 BGB. Der Gläubiger kann jedoch auch die einmal angenommene Teilleistung an den Schuldner zurückübermitteln. Das Ablehnungsrecht des § 266 BGB ist nämlich nicht an ein besonderes Erfordernis der unverzüglichen Ausübung geknüpft (1). - Die rechtlichen Folgen der Zurückweisung werden später behandelt (2).

Jedoch gewinnt im Streitfall § 363 BGB Bedeutung: Die Beweislast für die Unvollständigkeit der Leistung trägt nach "Annahme als Erfüllung" der Gläubiger, während im Regelfall der Schuldner das Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erfüllung nachweisen muß. - Der Gläubiger nimmt dann als Erfüllung an, wenn er "bei

94) Baumgärtel, VersR 1970, 970.

95) Alt. Komm.-Dubischar, Rz. 1 zu § 266 BGB.

96) Boetzinger, VersR 1968, 1125.

1) vgl. MüKo-Heinrichs, Rz. 4 zu § 363 BGB.

2) § 2 II.

und nach der Entgegennahme der Leistung erkennen läßt, daß er sie als im wesentlichen ordnungsmäßige Leistung gelten lassen will" (3). Das bloße faktisch-körperliche Entgegennehmen der Leistung reicht allein nicht aus, wohl aber kann längeres Stillschweigen unter Umständen als Annahme als Erfüllung zu deuten sein, ebenso die Verwendung oder Weiterveräußerung.

Eine echte materielle Einschränkung des Ablehnungsrechts ergibt sich freilich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verwirkung, § 242 BGB. Hat der Gläubiger die angebotene Teilleistung angenommen und darüber hinaus durch positives Tun den Eindruck entstehen lassen, er sei mit der Leistung einverstanden und betrachte sie als Erfüllung, so kann je nach den Umständen des Einzelfalls ein späteres Zurückweisen als rechtsmißbräuchlich anzusehen sein (4). In Frage kommen könnte insbesondere die vorbehaltlose Erbringung der Gegenleistung. Allerdings wird stets genau zu untersuchen sein, ob bereits eine Verwirkung oder bloß die Tatbestandsvoraussetzungen der Beweislastumkehr nach § 363 BGB vorliegen.

Denkbar ist auch, daß sich der Gläubiger mit der Teilleistung zufriedengeben will: in Betracht kommen ein mit der Annahme stillschweigend zustandegekommener Erlaß- (§ 397 BGB) oder Vergleichsvertrag (§ 779 BGB). Dann ist das gesamte Schuldverhältnis erloschen, eine Zurückweisung als Teilleistung kommt nicht mehr in Frage.

Erklärt der Gläubiger bei der Annahme dagegen den Vorbehalt, er akzeptiere das Angebotene nur als Teilleistung, entgeht er der für ihn nachteiligen Beweislastumkehr des § 363 BGB. Er hat ja

3) MüKo-Heinrichs, Rz. 3 zu § 363 BGB;
ausführlicher Gernhuber, § 6.

4) allgemeine Darstellung der Verwirkung: Larenz, Schuldrecht I, § 10 II b; Palandt-Heinrichs, Anm. 9 d zu § 242 BGB.

gerade nicht als volle Erfüllung angenommen, sondern nur als Teilerfüllung. Im Streitfall verbleibt die Beweislast für die Vollständigkeit beim Schuldner. Auch die Verwirkungsgrundsätze können nicht zum Tragen kommen: Die ausdrückliche Annahme als Teilleistung schließt ihre Zurückweisung aus, die Restleistung kann wegen des Vorbehalts jederzeit eingefordert werden. Ebenso scheiden bei einem solchen Vorbehalt Vergleichs- und Erlaßverträge aus.

b) Die Annahme einer zu geringen Warenmenge beim beidseitigen Handelskauf

§ 378 HGB (5) erstreckt die sog. Rügeobliegenheit des Kaufmanns vom Grundfall des § 377 HGB auf die aliud-Lieferung sowie die Lieferung einer nicht vereinbarungsgemäßen Warenmenge. Im folgenden ist nur die Lieferung einer zu geringen Warenmenge von Interesse (6).

Der Käufer hat die angelieferte Ware unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern im ordnungsgemäßen Geschäftsgang, zu untersuchen und dem Verkäufer eine vertragswidrige Fehlmenge ebenfalls unverzüglich anzuzeigen. Die Rüge muß detailliert sein und eine genaue Begründung enthalten, insbesondere wird eine Angabe des Umfangs der Fehlmenge gefordert.

Bei Unterbleiben der Rüge oder bei einer nicht genügend substantiierten Anzeige gilt die Teillieferung als genehmigt, es sei denn, die Abweichung zur vereinbarten Menge sei derart, daß der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte

-
- 5) ausführlich zu den einzelnen Tatbestandselementen: Schlegelberger-Hefermehl, Rz. 50 ff. zu § 377, 14 ff. zu § 378 HGB.
6) Der Tatbestand ist auf den beidseitigen Handelskauf anwendbar, §§ 378, 377, 343, 344 HGB. Gleichgestellt werden Werklieferungsverträge über eine unvertretbare Sache, § 381 Abs. 2 HGB, sowie sog. kaufähnliche Geschäfte, insbes. der Handelsaustausch: Schlegelberger-Hefermehl, Rz. 5 vor § 373 HGB.

(sog. Genehmigungsunfähigkeit) (7). Bei Eintritt der Genehmigungsfiktion erlischt der Anspruch auf Lieferung in voller Höhe, Restlieferung kann nicht mehr gefordert werden, Zurückweisung als Teilleistung ist ausgeschlossen, ebenso eine Schadensersatzforderung.

§ 266 BGB wird dabei in mehrfacher Hinsicht überlagert: Der Unterschied zwischen angenommener und abgelehnter bzw. zurückübermittelter Teilleistung ist in § 266 BGB nicht angelegt (8).

Das BGB kennt weder Untersuchungs- noch Rügeobliegenheit noch die Genehmigungsfiktion mit der strengen Rechtsfolge des Erlöschens des Gesamtanspruchs. Beide sind Ausprägungen des typisch handelsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes: Es soll eben unverzüglich Klarheit geschaffen werden, ob der Verkäufer noch etwas schulde, dies auch um den Preis einer Beschneidung der Rechte des Käufers (9). Nicht umsonst gilt diese strenge Folge nur für den beidseitigen Handelskauf.

§ 266 BGB macht auch keinen Unterschied zwischen erheblichen und unerheblichen Abweichungen. Tatbestandlich ist jedes noch so geringfügige Zurückbleiben der erbrachten hinter der vereinbarten Quantität eine Teilleistung.

- c) § 17 KO - die Annahme einer Teilleistung im gegenseitigen Vertrag mit anschließendem Konkurs einer der Vertragsparteien

Die Annahme einer Teilleistung durch den Gläubiger bedeutet für

-
- 7) Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes soll nicht eine subjektive, sondern eine objektive Sicht ausschlaggebend sein. Die Untersuchungs- und Rügeobliegenheit entfällt danach, wenn ein vernünftiger Kaufmann keinen Erfüllungsversuch gemacht hätte: h.h.L., vgl. Bendasch, Anm. 3 zu § 278 HGB.
- 8) s.o. § 211 a.
- 9) Schlegelberger-Hefermehl, Rz. 1 vor 373, 1 zu 377 HGB; Baumbach-Duden, Anm. 4 B zu 377/378 HGB; Mailänder, ZHR 126 (1963), 89 ff.

den Schuldner nicht unter allen Umständen eine Besserstellung gegenüber ihrer Zurückweisung.

Fällt der Gläubiger nach Annahme der Teilleistung in Konkurs, so steht dem Konkursverwalter das Wahlrecht nach § 17 Abs. 1 KO zu, soweit nicht der Gemeinschuldner seinerseits die volle Gegenleistung erbracht hat. Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung, geht die Vertragsabwicklung wie vereinbart weiter; beide Parteien haben ihre noch ausstehenden Leistungen zu erbringen. Lehnt dagegen der Verwalter die Vertragserfüllung ab, so hat der Schuldner bezüglich der in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Teilleistung kein Aussonderungsrecht, sondern ist - als Konkursgläubiger - auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt. Der Verlust des Eigentums an der bereits erbrachten Teilleistung ist in den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden zwar miteinzurechnen, wird jedoch stets nur quotenmäßig ersetzt, § 26 S. 1 KO. (Hat der spätere Gemeinschuldner dagegen die Teilleistung nicht angenommen, verringert sich die Schadenshöhe und der Ausfall des Schuldners.)

Hat dagegen umgekehrt der spätere Gemeinschuldner eine vom Gläubiger akzeptierte Teilleistung erbracht, so hat der Gläubiger - wirtschaftlich betrachtet - keinen Vorteil: zwar ist strittig, ob bei Wahl der Nichterfüllung die erbrachte Teilleistung an die Konkursmasse zurückgegeben werden muß (10), oder ob nicht nur der Schadensersatzanspruch des Gläubiger entsprechend herabgesetzt entsteht (11) - der Gläubiger steht so, als hätte er die Teilleistung nicht angenommen.

10) BGHZ 15, 333.

11) RGZ 135, 167 (171); vgl. auch RGZ 46, 99; Jaeger-Lent, Anm. 44 zu § 17; Mentzel-Kuhn-Uhlenbruch, Rz. 18/19 zu § 26 KO. Weiter ist str., ob diese Anrechnung bei Fehlen eines Schadens nicht doch zur Herausgabepflichtung wird.

2) In Unkenntnis der Teilleistung

Da die subjektiven Vorstellungen eines der Beteiligten bei Bewirkung der Leistung keine Auswirkungen auf den Erfüllungseintritt haben, liegt auch dann eine Teilleistung i.S.v. § 266 BGB vor, wenn der Gläubiger sie entgegennimmt, ohne sie als solche zu erkennen (12). Der Irrtum mag unverschuldet sein oder auf bewußter Nachlässigkeit beruhen, es kann allenfalls Teilerfüllungswirkung eintreten.

a) Der Regelfall: § 266 BGB - § 363 BGB - die Grundsätze über die Verwirkung (§ 242 BGB)

Erkennt der Gläubiger bei Annahme der Teilleistung die Unvollständigkeit nicht, wird er sie zumeist vorbehaltlos "als Erfüllung" annehmen. Die spätere Zurückweisung - etwa nach Erkenntnis der Fehlmenge - kommt nur noch in Betracht, wenn es dem Gläubiger gelingt, die ungenügende Leistung nachzuweisen, § 363 BGB.

Eine Verwirkung des Ablehnungsrechts (§ 242 BGB) wird nur selten eintreten: der irrende Gläubiger wird sich in der Regel keine Gedanken über die Vollständigkeit der Leistung machen, daher auch kaum durch positives Tun einen entsprechenden Vertrauenstatbestand setzen (13).

b) Der Sonderfall des beidseitigen Handelskaufs, § 378 HGB

Hier ergeben sich keine Unterschiede zum oben Ausgeführten: Die Rügeobliegenheit besteht gerade für den Fall, daß die Fehlmenge nur schwer erkennbar ist.

12) s.o. § 1 II 2 a cc.

13) zum Ganzen: § 2 I 1 a.

c) § 17 KO - die im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags erbrachte Teilleistung im Konkurs

Für die Abwicklung nach § 17 KO sind Kenntnis oder Unkenntnis des Gläubigers von der Teilleistung ohne Bedeutung.

II) Zurückweisung der Teilleistung durch den Gläubiger

1) Ausbleiben der Erfüllungswirkung in gesamter Höhe

Da §§ 362 ff. BGB die Erfüllungswirkung an den Eintritt des Leistungserfolges knüpfen, läßt die Zurückweisung der Teilleistung die Forderung in gesamter Höhe unerfüllt. Dabei ist unerheblich, ob die Berufung auf § 266 BGB zu Recht erfolgte, insbesondere ob in Wirklichkeit nicht eine Vollerleistung vorlag (14), denn auch im Annahmeverzug des Gläubigers tritt keine Erfüllungswirkung ein. Erst bei der Frage der Zulässigkeit einer Hinterlegung ist die Berechtigung der Ablehnung bedeutsam (§§ 378 i.V.m. 372 S. 1 BGB), da dafür der Gläubigerverzug Tatbestandsvoraussetzung ist.

Der Gläubiger kann seine Gegenrechte, insbesondere das Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB, so geltend machen, als habe der Schuldner noch keinerlei Erfüllungsversuch unternommen. Der wegen seines unklaren Wortlauts leicht zu Mißverständnissen föhren- de § 320 Abs. 2 BGB ist bei einer Zurückweisung als Teilleistung gerade nicht anzuwenden: Im Rahmen dieser Bestimmung ist nicht ausschlaggebend, ob der Schuldner teilweise die Leistungshandlung vorgenommen hat, sondern ob der geschuldete Erfolg partiell eingetreten ist (15).

14) arg. "an den Gläubiger", § 362 BGB.

15) RGRK-Ballhaus, Rz. 16 zu § 320 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 c cc zu § 320 BGB.

2) Kein Gläubigerverzug durch die - berechtigte - Ablehnung

Da dem Gläubiger die Leistung nicht "so, wie sie zu bewirken ist" angeboten wird, wenn nur partiell geleistet wird, § 294 BGB, kann er durch die gerechtfertigte Zurückweisung nach § 266 BGB nicht in Annahmeverzug geraten (16).

Auch hieraus folgt, daß mangels einer Hinterlegungsgrundes keine Teilerfüllungswirkung durch Hinterlegung mit Ausschluß des Rücknahmerechts eintreten kann (17).

3) Schuldnerverzug in gesamter Höhe, §§ 284 ff. BGB

Bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, insbesondere Mahnung bzw. kalendermäßige Bestimmtheit sowie Verschulden des Schuldners, gerät der Schuldner bei Zurückweisung der von ihm erbrachten Teilleistung in gesamter Höhe in Schuldnerverzug. Für den Eintritt des Schuldnerverzugs ist es nun ebenfalls ausschlaggebend, ob die Ablehnung unter Berufung auf § 266 BGB zu Recht erfolgte, denn nach h.L. schließt der Gläubigerverzug den Schuldnerverzug aus (18).

Bei nicht berechtigter Ablehnung tritt entweder nur partieller Schuldnerverzug mit der noch ausstehenden Restleistung ein oder es kommt überhaupt nicht zum Verzugseintritt. Ersteres ist der Fall, wenn in Ausnahme zu § 266 BGB eine Verpflichtung zur Annahme von Teilleistungen besteht, letzteres, wenn die vom Gläubiger für unvollständig gehaltene Leistung in Wahrheit ausreichend war.

-
- 16) Staudinger-Selb, Rz. 1 zu § 266 BGB; Planck, Anm. 4 zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 19 zu § 266 BGB; Enneccerus-Lehmann, § 21 I; Esser-Schmidt, § 15 III.
17) Dies ist eine Zusatzbegründung zu der unter § 1 II 2 c dargestellten Unzulässigkeit der Teilhinterlegung.
18) RGRK-Alff, Rz. 30 zu § 284 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 6 zu § 284 BGB.

Bei berechtigter Ablehnung nach § 266 BGB sind Verzugszinsen über die gesamte geschuldete Leistung zu entrichten, § 288 Abs. 1 S. 1 BGB, ebenso wie der Verzögerungsschaden in voller Höhe, nicht etwa aufgeteilt nach angebotenem und nicht angebotenen Teil, zu ersetzen ist, § 286 Abs. 1 S. 1 BGB (19).

4) Der Sonderfall des beidseitigen Handelskaufs, §§ 377, 378 HGB

Hier besteht die Besonderheit, daß nur die nach einer "unverzüglich" erfolgten Rüge vorgenommene Zurückweisung die eben unter 1) bis 3) beschriebenen Rechtsfolgen auslösen kann. Nur bei genehmigungsunfähiger Ware entfällt die Rügeobliegenheit.

§ 3) Einschub: Die kostenrechtlichen Auswirkungen - Vergleich einer Klage über den gesamten Anspruch nach Ablehnung einer Teilleistung einerseits mit einer Klage über den ausstehenden Rest nach vorbehaltlicher Annahme der Teilleistung andererseits

1) Die Ausgangskonstellation

Heute ist zum Hauptanwendungsfall des § 266 BGB die in ihrer Höhe bestrittene Forderung geworden: Das vom Schuldner für vollständig gehaltene Erfüllungsangebot wird vom Gläubiger unter Berufung auf § 266 BGB zurückgewiesen. Im Anschluß wird häufig Klage auf die gesamte ausstehende Leistung erhoben (1). Da die dabei anfallenden Prozeßkosten mehrfach für eine solch unbillige

19) Staudinger-Selb, Rz. 1 zu § 266 BGB; Esser-Schmidt, § 15 III; MüKo-Keller, Rz. 19 zu § 266 BGB; Planck, Anm. 4 zu § 266 BGB.

1) Neu ist dieses Problem keineswegs, vgl. die unten in § 5 V behandelte Digestenstelle.

Benachteiligung des Schuldners gehalten wurden, daß unter Hervorhebung der kostenrechtlichen Argumente eine möglichst restriktive Auslegung des § 266 BGB verlangt wurde, wird im folgenden eine kurze vergleichende Beschreibung gegeben (2).

II) Die Klage über den Gesamtanspruch nach Zurückweisung der Teilleistung - die Bevorzugung des Klägers bei der Wahl des Prozeßstoffs

Der Gläubiger kann nach der Ablehnung der ihm angebotenen Teilleistung eine Klage über den Gesamtanspruch anhängig machen. Die Begründung, er habe zu Recht nach § 266 BGB zurückgewiesen, ist dafür ausreichend (3). Schon diese Ausgangslage wird als grob unbillig bezeichnet: Stoff des Zivilprozesses dürfe nur werden, was unter den Parteien streitig sei. Dem Schuldner dürften nicht die Kostenanteile für die von ihm vorab angebotenen Leistungen auferlegt werden, wie dies aber nach § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO der Fall sei (4). Auch der Gläubiger habe die Möglichkeit, durch Erhebung einer Teilklage nur streitige Fragen in den Prozeß zu ziehen und sein Kostenrisiko vorhersehbar zu begrenzen (5). Diese Möglichkeit einer Einschränkung des Klagestoffs müsse auch dem Schuldner offenstehen; Selb (6) spricht sogar von einem "Recht" des Schuldners auf prozeßökonomische Ausgestaltung des Rechtsstreits.

-
- 2) Baumgärtel, VersR 1970, 969 (973); Ruhkopf, VersR 1960, 13 ff.; Hans Wolfgang Schmidt, VersR 1966, 226 ff.
 - 3) s.o. § 2 II 1.
 - 4) Staudinger-Selb, Rz. 12 zu § 266 BGB; Ruhkopf, VersR 1960, 13 (14).
 - 5) ganz allgemeine Ansicht, vgl. § 1 II 3.
 - 6) Staudinger-Selb, Rz. 12 zu § 266 BGB; Hans Wolfgang Schmidt, VersR 1966, 226 (227); für korrespondierende Verpflichtung des Gläubigers: OLG Düsseldorf NJW 1965, 1763 (1764).

III) Verschärfung durch die degressive Gebührenstaffelung

1) Der Ansatz der Kritik

Als zusätzliche, ja ausschlaggebende Ungerechtigkeit wird empfunden (7), daß die Gebührentabellen nach GKG und BRAGO nach oben hin degressiv verlaufen. Der Gläubiger könne die streitige Restforderung zu den billigeren Tarifen der hohen Gebührenstufen einklagen, wenn er den unstreitigen Anteil nach Zurückweisung als Teilleistung mit rechtshängig mache.

2) Ein Beispielsfall

Folgende Konstellation sei durchgerechnet:

Der Gläubiger fordert DM 3.000 und weist die vom Schuldner für gerechtfertigt gehaltenen DM 2.000 zurück. Das angegangene Gericht spricht DM 2.500 zu.

Dann trägt der Gläubiger ein Sechstel der Kosten, § 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Dies bedeutet nach den derzeit geltenden Tabellen pro Gerichtsgebühr einen Gläubigeranteil von ca. DM 14, pro Anwaltsgebühr ca. DM 29. Der Schuldner trägt ca. DM 72, respektive DM 145 pro Gebühr.

. Zum Vergleich:

Der Gläubiger nimmt die angebotenen DM 2.000 an und klagt nur die Restsumme von DM 1.000 ein. Damit obsiegt er nur noch zur Hälfte, das Gericht ordnet Kostenaufhebung nach § 92 Abs. 1 ZPO an. Gläubiger und Schuldner tragen gleichermaßen pro anfallender Gerichtsgebühr DM 19,50. Die Kosten des eigenen Rechtsanwalts haben sie voll zu bezahlen (jede Gebühr zu DM 85).

7) Baumgärtel, VersR 1970, 969 (973); a.A. Rother, NJW 1965, 1751; Boetzinger, VersR 1968, 1124.

Die Reduzierung des Kostenrisikos für den Gläubiger wird um so extremer, je geringfügiger die ausstehende im Vergleich zur angebotenen Leistung ist.

IV) Keine kostenmäßige Entlastung des Schuldners durch sofortiges Teilanerkennntnis

Die eben beschriebene Kostenaufteilung ändert sich nach allgemeiner Auffassung nicht, wenn der Schuldner im Prozeß ein sofortiges Teilanerkennntnis abgibt, das den Umfang der vorprozessual zurückgewiesenen Teilleistung erreicht. Sedes materiae ist § 93 ZPO. Das Anerkenntnis - ein darauf ergehendes Anerkenntnisurteil ist nicht erforderlich - muß sofort ergehen, d.h. im ersten Schriftsatz bei schriftlichem Vorverfahren, ansonsten in der ersten mündlichen Verhandlung (8). Die kostenmäßige Privilegierung des Anerkennenden tritt nur ein, wenn er keinen Anlaß zur Klageerhebung gegeben hat. Das Erbringen einer nach § 266 BGB unzulässigen Teilleistung wird jedoch als Klageveranlassung hinsichtlich der Gesamtforderung bewertet (9). Teilweise wird sogar schon als Anerkenntnis im Sinne von § 93 ZPO nur ein umfassendes Anerkenntnis angesehen, das den gesamten begründeten Klageanspruch abdeckt (10).

Beide Begründungen erbringen das gleiche Ergebnis: Das prozessuale Teilanerkennntnis vermag es nicht, die Kostenfolgen einer Gesamtklage für den Schuldner abzumildern, wenn sich der Gläubiger nach § 266 BGB zu Recht weigerte, die angebotene Teilerfüllung zu akzeptieren. - Bezeichnenderweise sind viele der Gerichtsentscheidungen, die eine restriktive Anwendung des § 266 BGB befürworten, Kostenbeschlüsse nach § 93 ZPO oder behandeln die Klage-

-
- 8) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 2 A zu § 93 ZPO.
9) so etwa Thomas-Putzo, Anm. 3 a zu § 93 ZPO; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 2 B zu § 93 ZPO; Staudinger-Selb, Rz. 1 zu § 266 BGB; LG Mainz VersR 72, 78 (80).
10) SchIHOLG SchIHA 78, 172; Roidl, NJW 1968, 1866.

veranlassung unter anderen Gesichtspunkten (11).

§ 4) Allgemein anerkannte Beschränkungen des Anwendungsbereichs des § 266 BGB

I) Gesetzlich vorgesehene Beschränkungen

1) Teilerfüllung durch Aufrechnung

a) Die Aufrechnung bei ungleicher Höhe der Forderungen

Aus dem Wort "soweit" in § 389 BGB soll sich ergeben, daß eine kleinere Forderung gegen eine höhere aufgerechnet werden kann; eine dem Gläubiger unerwünschte Teilerfüllung durch Aufrechnung kommt danach entgegen § 266 BGB kraft speziellerer Anordnung in Betracht (1). Als Regelungsmotiv wird angesehen, daß der Gläubiger der niedrigeren Forderung zwar die Gegenforderung nur teilweise tilgt, gleichzeitig aber die ihm zustehende fällige Forderung einzieht, also nur seine eigenen Rechte durchsetzt (2).

b) Die Aufrechnung mit einem Teilanspruch, der die Gegenforderung nicht abdeckt

Eine andere Frage ist es, ob es § 266 BGB dem Aufrechnenden unmöglich mache, gegen den Willen des Aufrechnungsgegners mit ei-

11) OLG Nürnberg VersR 1965, 1184; LG Köln VersR 1966, 966 (967) und OLG Düsseldorf VersR 1966, 1055 mit Anm. Hans Wolfgang Schmidt VersR 1967, 45 f.; LG Augsburg VersR 1968, 1152; LG München I VersR 1969, 744 f.; KG VersR 1971, 966.

1) h.A., vgl. nur Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB; Erman-Sirp, Rz. 5 zu § 266 BGB; Fikentscher, § 30 2 b; zurückhaltend Medicus, Schuldrecht I, § 17 I.

2) Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB.

nem frei gewählten Teil der eigenen Forderung aufzurechnen und so nur eine Teilerfüllung der Gegenforderung zu bewirken. Die Frage wird im Grundsatz bejaht: Der Inhaber der kleineren Forderung solle diese in vollem Umfange zur Aufrechnung einsetzen, der der höheren dürfe nicht einfach mit nicht voll abdeckenden Teilen aufrechnen (3). Hier behält § 266 BGB also einen Anwendungsbereich.

Eine abweichende Lösung wird in den Fällen vertreten, in denen eine Teilklage über den Teil eines Anspruchs anhängig gemacht worden ist. Dann soll der Beklagte mit einem genau dem rechtshängigen Teilanspruch entsprechenden Teil seiner Forderung aufrechnen können. Dieses Ergebnis wird oft mit der "rechtlichen Verselbständigung" rechtshängiger Anspruchsteile begründet, ein Argument, das noch zu erörtern sein wird (4).

2) Teilleistungen in der Zwangsvollstreckung, § 757 ZPO

Unter Berufung auf § 757 ZPO wird häufig die allgemeine Feststellung getroffen, Teilleistungen seien während der Zwangsvollstreckung zulässig (5). - Selb (6) dagegen begründet die generelle Zulässigkeit während der Zwangsvollstreckung bewirkter Teilleistungen mit einer Vorwirkung des § 813 a ZPO: Es müsse dem Schuldner

-
- 3) Esser-Schmidt, § 15 III; Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB; RGZ 79, 359 (361).
 - 4) BGHZ 56, 312 (314/315); BGH NJW 67, 34; RGZ 66, 266 (270/271 m.w.N.); Gernhuber, § 8, 9, betont demgegenüber die Bestimmungsbefugnis des die Aufrechnung Erklärenden.
a.A. heute nur: LG Kassel MDR 1956, 226; Pentz, NJW 1966, 2392; Dietrich, AcP 170, 534 (546-550); für früher vgl. die Nachweise bei Gernhuber, a.a.O.
 - 5) Emmerich, Grundlagen, § 8 I; Fikentscher, § 30 2 c; Enneccerus-Lehmann, § 21 1 b; MüKo-Keller, Rz. 13 zu § 266 BGB; differenzierter "an Gerichtsvollzieher": Erman-Sirp, Rz. 5 zu § 266 BGB; Achilles-Greif, Anm. 3 zu § 266 BGB; zurückhaltend wieder Medicus, Schuldrecht I, § 17 I.
 - 6) Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB.

stets gestattet sein, im Rahmen seiner Möglichkeiten drohende Vollstreckungsmaßnahmen abzuwehren.

3) Beschränkungen des § 266 BGB im Konkurs des Schuldners

Während eines Konkursverfahrens kommt es häufig zu Teilerfüllungen: Gläubiger, die gemeinsam der letzten berücksichtigten Ranggruppe angehören, werden aus dem auf die Ranggruppe entfallenden Betrag anteilig im Verhältnis des Wertes ihrer Forderungen zueinander befriedigt, § 61 Abs. 2 S. 2 KO. Den jeweils noch ausstehenden Restbetrag können sie erst nach Aufhebung des Konkursverfahrens gegen den Gemeinschuldner geltend machen, § 164 Abs. 1 KO.

Abschlagsverteilungen, §§ 149 ff. KO, sind der gesetzliche Regelfall der Befriedigung nach Konkurseröffnung. Will der Gläubiger innerhalb des Konkursverfahrens eine Erfüllung erreichen, muß er Teilleistungen in dieser Form akzeptieren. Gleiches gilt für die Nachtragsverteilung nach § 166 KO, die zumeist ebenfalls nur eine Teilerfüllung offener Forderungen herbeiführt. Diese konkursrechtliche Lage wird vielfach als Durchbrechung des § 266 BGB bezeichnet (7).

4) Teilleistungen bei Scheck und Wechsel, Art. 34 Abs. 2 ScheckG, Art. 39 Abs. 2 WechselG

Die identischen Bestimmungen in Art. 39 Abs. 2 WechselG und Art. 34 Abs. 2 ScheckG verneinen ausdrücklich ein Recht des Gläubigers

7) Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 4 zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 13 zu § 266 BGB; Erman-Sirp, Rz. 5 zu § 266 BGB; Enneccerus-Lehmann, § 21 2 b; Achilles-Greif, Anm. 3 zu § 266 BGB; Fikentscher, § 30 2 c.

zur Zurückweisung einer Teilleistung. Sie sollen den oder die Regreßschuldner vor einer unnötigen Inanspruchnahme schützen (8), beruhen also auf einem Motiv außerhalb der engeren Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner.

5) Teilweise gesicherte Ansprüche

Wenn nur ein Anspruchsteil durch eine Hypothek abgesichert ist, soll die Verpflichtung des Gläubigers, nach Befriedigung die Lösungsunterlagen herauszugeben, §§ 1142, 1167, 1144 BGB, ihm auch die Annahme einer den gesicherten Teil abdeckenden Teilleistung auferlegen. Gleiches soll gelten, wenn eine durch Höchstbetragshypothek abgesicherte Forderung über den Höchstbetrag hinauswächst (9).

Früher wurde dies mit einem Umkehrschluß aus § 268 BGB begründet (10): Wenn schon ein Dritter, so sollte erst recht der Schuldner den abgesicherten Teil der Forderung getrennt befriedigen können.

Für jemanden, der eine selbstschuldnerische Bürgschaft oder einen Schuldbeitritt nur für einen Forderungsteil eingegangen ist, stellt dieser Forderungsteil die gesamte Schuld dar; das in § 266 BGB ausgesprochene Zurückweisungsrecht des Gläubigers betrifft ihn bereits tatbestandlich nicht. - Der Hauptschuldner dagegen soll durch die unterschiedlichen obligatorischen Sicherungsverhältnisse nicht privilegiert sein (11).

8) Baumbach-Hefermehl, Rz. 5 zu Art. 39 WG, Rz. 1 zu Art. 34 ScheckG; Jacobi, § 40.

9) Staudinger-Selb, Rz. 8 zu § 266 BGB; für Anwendung des § 366 BGB in diesen Fällen auch BGH NJW 1973, 1689 f.; a.A. Gernhuber, § 8, 8.

10) Leonhard, § 110.

11) Staudinger-Selb, Rz. 9 zu § 266 BGB; Gernhuber, § 8, 8.

6) Ratenweise Erbringung der Mietkaution, § 550 b Abs. 1
S. 3 BGB

Der erst am 1.1.1983 in Kraft getretene § 550 b Abs. 1 S. 3 BGB gestattet dem Mieter von Wohnraum die Erbringung der Mietkaution in drei gleichen Monatsraten. Die Regelung ist zwingendes Recht, § 550 b Abs. 3 BGB. Bezweckt wird ein Ausgleich zwischen den zu Beginn der Mietzeit noch geringeren Sicherungsinteressen des Vermieters und dem Schutzbedürfnis des Mieters, für den die Stellung der Kautionsregelung eine größere Belastung bedeutet (12).

II) Sonstige Einschränkungen

1) Die sog. rechtliche Verselbständigung des isoliert eingeklagten Anspruchsteils

Jedem Gläubiger ist es unbenommen, nur einen Teil des ihm vermeintlich zustehenden materiellen Anspruchs einzuklagen (13). Die prozessualen Anforderungen, vor allem die an die Bestimmtheit des Inhalts der Klageschrift, sind an § 253 ZPO zu messen. Der Kläger kann entweder dartun, er klagt eine bestimmte Quote des sich auf eine benannte Gesamthöhe belaufenden Anspruchs ein, und diesen Gesamtanspruch belegen. Er kann jedoch auch bestimmt benannte Einzelposten einklagen, dann reicht die Substantiierung dieser Einzelposten für das sog. Bestimmtheitsgebot aus (14). Im Streit, aber im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu erörtern, ist die Frage, ob eine Teilklage als solche zu kennzeich-

12) Palandt-Putzo, Anm. 1 a zu § 550 b BGB.

13) s.o. § 1 II 3, § 3 II.

14) Pawlowski, ZJP 78, 307 (323); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, Anm. III 2 a (a) zu § 253 ZPO; Lindacher, ZJP 76, 451 ff.; zumeist wird das Bestimmtheitsgebot bei der Frage erörtert, wie eine Teilklage über mehrere Ansprüche erhoben werden kann, vgl. Baumgärtel, JZ 1960, 28 f.

nen ist (15).

Der rechtshängige Anspruchsteil ist nach verbreiteter Auffassung gegenüber dem nicht rechtshängigen verselbständigt (16). Der Beklagte soll auf den eingeklagten Teil isoliert leisten, gegen ihn aufrechnen (17) und entsprechend hinterlegen können (18).

Um einer Begriffsverwirrung zu begegnen, sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß allein der rechtshängige Anspruchsteil den Streitgegenstand - oft als "prozessualer Anspruch" bezeichnet - bestimmt bzw. zumindest mitbeeinflußt (19). - Materieller und prozessualer Anspruch müssen streng auseinandergehalten werden.

2) Leistung auf in Teilurteilen zugesprochene Anspruchsteile

a) Keine Teilleistung im eigentlichen Sinn, wenn nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfüllt wurde

Es ist daran zu erinnern, daß bei Zahlung oder sonstiger Leistung auf einen in einem erst vorläufig vollstreckbaren Titel zugesprochenen Anspruch regelmäßig keine Leistung im Sinne der §§ 362 ff. BGB vorliegen (20), die Tilgungswirkung vielmehr in der Schwebe bleiben soll. Diese allgemein anerkannte Differenzierung wird im Rahmen der jetzt darzustellenden Einschränkungen des § 266 BGB von niemandem erwähnt.

15) Rosenberg-Schwab, § 156 III m.w.N.

16) zurückhaltend Gernhuber, § 8, 9; i.Ü. s.o. § 1 II 3.

17) s.o. § 4 I 1 b.

18) Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 5 zu § 266 BGB; Oertmann, Anm. 1 d zu § 266 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 11 zu § 266 BGB; RGZ 66, 266 (270/271); Kreß, § 18.

19) zu den verschiedenen Erklärungen des Streitgegenstands vgl. etwa Einl. II bei Thomas-Putzo; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 37, jeweils Oberblicke mit weiteren Nachweisen.

20) vgl. o. § 1 II 2 a bb.

b) Einfache Teilurteile im Sinne von § 301 Abs. 1 ZPO

§ 301 Abs. 1 ZPO sieht den Erlaß eines Teilurteils als Regelfall u.a. dann vor, wenn nur ein Teil eines Anspruchs entscheidungsreif ist. Zusätzlich wird gefordert, der Teil müsse in einem ziffernmäßig konkretisierten Betrag angegeben und seine Grundlagen genau bestimmt sein (21). All dies sind rein prozessuale, nicht materiell-rechtliche Anforderungen. Das Teilurteil braucht nicht zu ergehen, wenn das Gericht es für nicht angemessen erachtet.

Es wird häufig angenommen, daß der Schuldner zur Abwehr der Zwangsvollstreckung den im Teilurteil zugesprochenen Anspruchsteil erfüllen darf und der Gläubiger diese Leistung zur Meidung des Annahmeverzugs annehmen muß (22).

c) Teilanerkenntnis des Beklagten über die außerprozessual zurückgewiesene Teilleistung

aa) § 307 ZPO als Ausgangspunkt

§ 307 Abs. 1 ZPO sieht ausdrücklich die Möglichkeit eines Teilanerkenntnisses über einen Anspruchsteil vor: Der Schuldner ist nicht gehindert, nach Klageerhebung über den Gesamtanspruch sofort den Anspruchsteil, dessen Erfüllung vom Gläubiger als unzulässige Teilleistung zurückgewiesen wurde, anzuerkennen. Ein Teilanerkenntnisurteil könnte dem Wortlaut des § 307 ZPO nach jedoch nur auf Antrag des Klägers ergehen; danach würde sich die von § 266 BGB bestimmte materielle Rechtslage im Prozeß fortsetzen: Das materielle Zurückweisungsrecht des Gläubigers (§ 266 BGB)

21) OLG Celle OLGZ 65, 48.

22) MüKo-Keller, Rz. 12 zu § 266 BGB; Achilles-Greiff, Anm. 3 zu § 266 BGB; Kreß § 18, S. 381 Fn. 11; Mes, ZP 85, S. 337; Planck, Anm. 5 zu § 266 BGB; a.A. nur Staudinger-Selb, Rz. 11 zu § 266 BGB.

fände seinen Ausdruck darin, daß der Antrag auf Teilanerkennnisurteil unterbliebe oder sogar ausdrücklich ein streitiges Endurteil beantragt würde.

bb) Die Lösung der Rechtsprechung

In der Praxis werden jedoch Anerkenntnisurteile auch ohne dahingehenden Antrag des Gläubigers, ja entgegen seinem Beharren auf streitiger Verurteilung erlassen (23). Zur Begründung wird ausgeführt, das Antragserfordernis bedeute nicht, daß nach Wahl des Gläubigers ein streitiges Urteil oder ein Anerkenntnisurteil ergehen könne. Vielmehr sei der Antrag nach dem Anerkenntnis des Beklagten nur eine Wiederholung des ursprünglichen Klageantrags (24), die klarstellen solle, ob überhaupt noch durch Urteil entschieden werden solle oder ob nicht etwa der Rechtsstreit erledigt sei. Mit dem prozessualen Anerkenntnis des Beklagten sei der Klageanspruch nicht mehr bestritten, für eine abstrakte Begründetheitsprüfung bestehe im Rahmen eines Parteiprozesses kein Anlaß (25). Da der Kläger mit dem prozeßökonomischen Anerkenntnisurteil einen vollwertigen Titel erhalte, fehle für ein streitiges Weiterverhandeln das Rechtsschutzbedürfnis.

Für im Prozeß anerkannte Forderungsteile führt diese Rechtsprechung in Verbindung mit der allgemein angenommenen Durchbrechung des § 266 BGB durch Teilurteile zu einer im Belieben des Schuldners stehenden Aushöhlung der Bestimmung. Das einseitig vom

23) BGHZ 10, 333 ff., 336; OLG Stuttgart OLGZ 68, 287 ff.; zustimmend: Ohr, NJW 55, 251 ff.; differenziert: Rosenberg-Schwab, § 134 IV 5 b; für Teilanerkennnis: LG Mainz VersR 1972, 78 (79).

24) BGHZ 10, 333 (336); Schilken, ZP 90, 157 (192).

25) so auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold, Anm. IV 2 zu § 301 ZPO (anders nur bei Musterprozeßvereinbarung oder sonstigem Vertrag über streitiges Urteil).

Schuldner durch Abgabe des Teilanerkenntnisses herbeigeführte Teilurteil erlaubt es ihm, zur Abwendung der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger die entsprechende Teilleistung aufzuzwingen (26). Bezeichnenderweise wollen einige Autoren § 266 BGB wegen dieser Rechtsprechung zum Antragserfordernis in § 307 ZPO gar nicht mehr anwenden: Die Differenzierung der Rechtslage inner- und außerhalb des Prozesses sei nicht sachgerecht (27), auch werde schon durch die Vorwirkung der Rechtslage nach Rechtshängigkeit § 266 BGB als Recht für den Gläubiger entwertet (28). Demgegenüber verweisen andere darauf, daß Teilurteile und Teilleistungen bereits begrifflich voneinander zu trennen seien (29).

cc) Die Gegenansichten

In der Literatur wird der von der Rechtsprechung vertretenen Auslegung des § 307 ZPO teilweise heftig widersprochen. Es gehe nicht an, den ausdrücklich auf ein streitiges Urteil gehenden Antrag des Klägers zu mißachten (30). Wie er zu behandeln sei, wird jedoch ganz uneinheitlich ausgeführt:

Nach einer Meinung soll das Gericht das Anerkenntnis des Beklagten frei würdigen, etwa als Geständnis, und danach ein streitiges Urteil erlassen (31).

Nach einer anderen soll der Antrag auf streitiges Urteil nach einem Anerkenntnis wegen § 307 ZPO unzulässig und daher durch Beschluß oder Zwischenurteil zu verwerfen sein (32). Danach

26) s.o. § 4 II 2 b.

27) Leonhard, VersR 1967, 534 (535); Ruhkopf, VersR 1960, 13 (14); Hans Wolfgang Schmidt, DAR 1968, 143 ff. (144); dagegen Baumgärtel, VersR 1970, 969 (972).

28) Mes, ZJP 85, 334 (337); Hans Wolfgang Schmidt, DAR 1968, 143 (144).

29) Thomas-Putzo, Anm. 3 b zu § 307 ZPO.

30) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 2 B zu § 307 ZPO; Böttcher, JZ 1954, 243, Anm. zu BGH JZ 1954, 242 = BGHZ 10, 333 ff.

31) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 3 B zu § 307 ZPO; Heyn, NJW 1957, 1140 (1141).

32) Böttcher, JZ 1954, 244.

bleibe der Prozeß in der Schwebe, bis der Kläger den Antrag nach § 307 ZPO stelle.

Nach wieder einer anderen Meinung soll gegen den nicht mehr verhandelnden, auf einem streitigen Urteil beharrenden Kläger in dieser Lage des Verfahrens Versäumnisurteil ergehen (33).

Ein Autor geht von der von ihm behaupteten Doppelnatur des Prozeßanerkenntnisses aus, hält daher bei einem klägerischen Beharren auf streitigem Urteil das Anerkenntnis ohne die erforderliche materielle Zustimmung des Klägers für wirkungslos. Die Klage sei dann freilich mangels Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig abzuweisen (34).

Neben diesen allgemeinen Ausführungen zum Anerkenntnisurteil und seiner Problematik, die alle auch für das Teilanerkenntnis Gültigkeit beanspruchen, hat Mes (35) speziell zum Teilanerkenntnis Stellung genommen: Trotz aller begrifflichen Unterscheidungen bestünde eine praktische Divergenz (36) zwischen § 266 BGB einerseits und § 307 ZPO in der Anwendung, die ihm die Rechtsprechung gegeben habe, andererseits. "Diese äußert sich in Form einer Vorwirkung der innerprozessualen Möglichkeit eines antragslosen Teilanerkenntnisurteils im materiell-rechtlichen Raum des § 266 BGB. Die genannte Vorwirkung geht dahin, daß u.U. schon allein ein Hinweis des Schuldners auf die Möglichkeit eines Teilanerkenntnisses den Gläubiger zur Annahme einer unberechtigten Teilleistung führen kann." (37) Eine Rechtfertigung dieser Gegenläufigkeit aus prozeßrechtlichen Erwägungen heraus lasse sich nicht finden.

Trotz der rein prozessualen Natur (38) des Anerkenntnisses sei

33) Knöpfel, ZJP 68, 450 (458); eingeschränkt Heyn, NJW 1957, 1140.

34) Thomas, ZJP 89, 80 ff.

35) Mes, ZJP 85, 334 ff.

36) a.a.O., S. 338.

37) Mes, ZJP 85, 338.

38) a.A. Thomas, ZJP 89, 80 ff.

"konkrete rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht des Beklagten im Verhältnis zum Kläger" (39) Voraussetzung der Wirksamkeit, denn nur so könne inter partes die rechtsfriedenstiftende Funktion des Anerkenntnisses erreicht werden. Ein Teilanerkentnis, das § 266 BGB zuwiderlaufe, bedeute keine Unterwerfung unter die eingeklagte Forderung, soweit sich der Kläger entgegenstelle. Daher sei es auch als Prozeßhandlung unwirksam und könne ausschließlich als Beweismittel im weiteren streitigen Verfahren gewürdigt werden.

III) Einschränkungen des Anwendungsbereichs von § 266 BGB für gewisse Fallgruppen

1) Einführung

Es sind drei Fallgruppen, in denen sich trotz Bejahung des Tatbestands eine überwiegende Tendenz in Rechtsprechung und Literatur abzeichnet, § 266 BGB nicht anzuwenden. Die dafür angegebenen Motive sind allgemein betrachtet ein Unbehagen an den praktischen Auswirkungen, die dogmatischen Begründungen sind unterschiedlich.

Außerlich ist den Fällen gemein, daß die Parteien über die Höhe der geschuldeten Leistung uneins sind: Der später vor Gericht nicht mit seiner Auffassung durchdringende Schuldner hält sein Angebot für volle Erfüllung.

39) Mes, ZP 85, 334 (346).

2) Die regelmäßige Zahlung nicht ausreichender Unterhaltsraten

a) Die Fallgestaltung

Die Unterhaltstabellen, die von den verschiedenen Gerichten zur Ermittlung der Höhe des regelmäßig zu zahlenden Unterhalts herangezogen werden, weichen häufig voneinander ab. Vor einer gerichtlichen Entscheidung ist es daher fast als allgemein menschlich zu betrachten, wenn der Gläubiger den Höchstsatz einfordert, der an sich leistungswillige Schuldner jedoch nur die niedrigste Rate anbietet (40).

b) Die rechtliche Behandlung

In einem Kostenbeschuß nach § 93 ZPO führt das OLG Stuttgart (41) aus, der vorliegende Verstoß des Beklagten gegen § 266 BGB - er hatte vorprozessual stets DM 200 monatlich als Unterhalt bezahlt, während zunächst DM 250 gefordert und später DM 255 zugesprochen wurden - genüge, um trotz des sofortigen Teilanerkennnisses über DM 200 die Klageveranlassung durch den Beklagten zu bejahen. Das Kostenprivileg des § 93 ZPO kam ihm nicht zugute. Die Anwendbarkeit des § 266 BGB wurde dabei mit keinem Wort in Frage gestellt.

Dagegen richtet sich die Kritik von Winter (42). Die Frage der Klageveranlassung könne nicht durch Anwendung des § 266 BGB geklärt werden, denn der Unterhaltsschuldner könne "angesichts diverser in der Rechtsprechung Anwendung findender Unterhaltstabellen" den geschuldeten Unterhalt nicht exakt ermitteln und der

40) so der Sachverhalt von OLG Stuttgart NJW 1978, 112; Das gleiche Problem behandeln unter anderem Aspekt Boennecke, MDR 1954, 83 f.; Stephani, MDR 1954, 277 f.; Schuler NJW 1954, 518 ff. ✓

41) OLG Stuttgart, NJW 1978, 112.

42) Winter, NJW 1978, 706.

Unterhaltsgläubiger sei verpflichtet, "seine Bedürftigkeit so gering wie möglich zu halten". Von einer Belästigung durch Annahme von Teilunterhaltsraten könne da kaum die Rede sein. Daß im entscheidenden Fall der Gläubiger die gezahlten Beträge behalten habe, zeige, wie verfehlt es sei, hier mit § 266 BGB zu argumentieren.

Hensen (43) hielt schon früher die Zurückweisung teilweise gezahlter Unterhaltsraten unter Berufung auf § 266 BGB für "schikanös" und wollte daher dem teilweise anerkennenden Unterhaltsschuldner stets das Kostenprivileg des § 93 ZPO zukommen lassen.

3) Die Leistung der im Enteignungsbeschluß festgesetzten Entschädigung

a) Die Fallgestaltung

Schon mehrfach hatte sich die höchstrichterliche Rechtsprechung mit der Frage zu befassen, ob der Enteignete während eines Rechtsstreits über die festgesetzte Entschädigung unter Berufung auf § 266 BGB die Zahlung der festgelegten Summe zu Recht zurückgewiesen habe, wenn im späteren Urteil die Entschädigung tatsächlich höher festgesetzt wurde (44).

b) Die Lösung der Rechtsprechung

Der BGH lehnt es in ständiger Rechtsprechung ab (45), in solchen Fällen § 266 BGB auf das Angebot der im Enteignungsbeschluß fest-

43) Hensen, NJW 1966, 920.

44) BGHZ 44, 52 ff. = BGH NJW 1965, 1761; BGHZ 61, 240; BGH MDR 1968, 127 f.

45) BGHZ 44, 52 ff.; BGHZ 61, 240; BGH MDR 1968, 127 f.; a.A. noch BGHZ 26, 373 (377).

gesetzten Entschädigung anzuwenden. Dies soll sogar dann gelten, wenn der Entschädigungspflichtige einen verhältnismäßig geringfügig niedrigeren Betrag als den festgesetzten anbietet und den Beschluß selbst in der Entschädigungsfrage anfechtet (46). Es dürfe von dem Enteigneten nur keine Abfindungserklärung gefordert werden. - In der Literatur hat diese Rechtsansicht keinen Widerspruch erregt, zumeist wird sie kommentarlos zitiert (47).

4) Unvollständig erfüllte Schadensersatzansprüche bei Bestrittenheit der Restforderung

a) Die typischen Fallgestaltungen

Die Entscheidungen, die sog. Gesamtschadensersatzansprüche nach einem Verkehrsunfall betreffen, haben in letzter Zeit zur ständigen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 266 BGB geführt. Häufig bietet der Schädiger, heute meist der dahinterstehende Haftpflichtversicherer, nur einen Teilbetrag der vom Geschädigten geforderten Summe an (48). Die Motive dafür sind vielschichtig, gehen in aller Regel aber auf eine abweichende Beurteilung der Sach- und/oder Rechtslage bei Schädiger und Geschädigtem zurück:

- Will der Schuldner nur Zeit gewinnen, um die geltendgemachten Ansprüche genauer zu überprüfen, wird er zumeist eine echte Abschlagszahlung anbieten, also einen glatten Betrag, der unter der mit Sicherheit geschuldeten Summe liegt, um den Geschädigten vorläufig zufriedenzustellen. Die Verrechnung der Abschlagsleistung auf die geltendgemachten Einzelansprüche

46) BGHZ 61, 240 (246).

47) Staudinger-Selb, Rz. 6 zu § 266 BGB; Erman-Sirp, Rz. 3 zu § 266 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 4 c zu § 266 BGB.

48) LG Nürnberg-Fürth, VersR 1965, 1060; KG VersR 1971, 996; OLG Stuttgart, VersR 1972, 448 f.; OLG Karlsruhe VersR 1974, 582.

nach § 366 BGB wird hier zumeist vorbehalten (49).

- Im anderen Extremfall wird der Schuldner versuchen, die von ihm angebotene Summe zur endgültigen Befriedigung des Gläubigers zu verwenden. Bei einer Uneinigkeit der Parteien muß er dazu einen Vergleich, § 779 BGB, erreichen. In der Praxis v.a. der Versicherungsunternehmen wird daher häufig dem Gläubiger formelhaft mitgeteilt, die Zahlung erfolge zur Klaglosstellung oder zur endgültigen Schadensabwicklung (50).
- Dazwischen liegen die Fälle, in denen auch nach Überprüfung der geltendgemachten Ansprüche durch den Schuldner Streit über die Höhe der geschuldeten Summe besteht und eine vergleichsweise Einigung nicht erfolgt. Diese Fälle sind sehr häufig, insbesondere ist oft die Höhe der Mitverschuldensquote bei einem Verkehrsunfall einziger Grund für eine gerichtliche Auseinandersetzung (51). Ähnlich zweifelhaft kann die Höhe eines zu ersetzenden Verdienstauffalls, von Mietwagenkosten oder abstrakter Nutzungsentschädigung, vor allem aber von Schmerzensgeld sein. Auch Einzelposten eines Anspruchs werden manchmal bestritten: Innerhalb des Anspruchs auf Ersatz des Sachschadens wird es häufig zum Streit über Abzüge in einzelnen Punkten kommen, sei es, daß ein Einzelposten dem Grunde nach angezweifelt wird, etwa als Vorschaden, sei es, daß nur der Höhe nach Zweifel, etwa über einen Abzug alt für neu, bestehen (52).

49) OLG Stuttgart VersR 1972, 448 f.; OLG Frankfurt VersR 1971, 186 f.; OLG Nürnberg VersR 1964, 834 u. VersR 1965, 1184.

50) OLG Düsseldorf VersR 1966, 1055; OLG München VersR 1959, 550 ff. und 1962, 673.

51) AG Tuttlingen VersR 1963, 492; OLG Düsseldorf NJW 1965, 1763 (1764); LG Köln VersR 1966, 966 ff.

52) LG Augsburg VersR 1968, 1152; LG München I VersR 1969, 744 f.

b) Die Lösungsvorschläge

aa) Die Auffassung der Rechtsprechung

Es wurde bereits erwähnt, daß sich in der überwiegenden Zahl der veröffentlichten Entscheidungen eine Tendenz gegen die Anwendung des § 266 BGB erkennen läßt. Die außerprozessuale Zurückweisung der angebotenen Summe brachte Rechtsnachteile für den Gläubiger, unabhängig davon, ob das Gericht dem Kläger eine höhere Summe zusprach (53). Insbesondere wurden die Beklagten bei sofortigem, der Teilleistung entsprechendem Teilanerkennnis von der Kostenlast nach § 93 ZPO freigestellt (54).

Zur Begründung dieser Einschränkung des § 266 BGB wird fast immer der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) angeführt. Oft findet sich dazu eine fast formelhafte, bis auf geringfügige Einzelheiten gleichlautende Wendung: nach ihr soll der Gläubiger die Teilleistung dann nicht ablehnen dürfen, wenn ihm die Annahme bei verständiger Würdigung des Falles, nämlich der Lage des Schuldners und seiner eigenen schutzwürdigen Interessen zuzumuten sei, denn auch § 266 BGB werde vom Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht (55).

An zusätzlichen sachlichen Überlegungen finden sich in den § 266 BGB einschränkenden Entscheidungen folgende Argumente, teils gehäuft, teils als Einzelbegründung:

-
- 53) OLG Hamm VersR 1957, 824 und LG Hagen VersR 1957, 308 als Vorinstanz; AG Tuttlingen VersR 1963, 492; OLG Nürnberg VersR 1964, 834 f.; LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 ff.
- 54) OLG München VersR 1965, 1058; LG Köln VersR 1966, 966 (967); OLG Nürnberg VersR 1964, 834 f.; OLG Nürnberg VersR 1965, 1184.
- 55) OLG Nürnberg DAR 1964, 105; OLG Düsseldorf NJW 1965, 1763 (1764); LG Köln VersR 1966, 966; LG München I VersR 1969, 744; OLG Stuttgart VersR 1972, 448 (119); BGH AnwBl 1973, 399; a.A. OLG Düsseldorf VersR 1966, 1055; vgl. a.o. § 1 III 3 mit Fn. 87.

- (1) Die angebotene Teilleistung und der im späteren Urteil zugesprochene Betrag unterschieden sich nur um einen relativ geringfügigen sog. Spitzenbetrag (56) - es sei vom Gläubiger treuwidrig, wegen dieser kleinen Differenz den Schuldner den vollen Nichterfüllungsfolgen auszusetzen.
 - (2) Vor einer gerichtlichen Entscheidung sei der genaue Umfang des zu leistenden Ersatzes dem Schuldner unbekannt, während gleichzeitig die seiner Berechnung zugrunde gelegten Auffassungen über die Sach- und Rechtslage vertretbar seien (57).
 - (3) Bei einer in ihrem Umfang nicht offenkundigen Forderung könne nicht von einer Belästigung des Gläubigers durch Teilleistungen die Rede sein (58).
 - (4) Sehr oft wird der prozessuale Bestimmtheitsgrundsatz herangezogen, um die Zulässigkeit der Teilleistung zu begründen. Der Schuldner habe bei Erbringung seiner Leistung eine genaue Anrechnung im Sinne von § 366 BGB getroffen, der Gläubiger könne jederzeit den von ihm als ausstehend betrachteten Rest mit einer hinreichend bestimmten Klage anhängig machen (59).
 - (5) Ebenfalls auf der prozeßrechtlichen Ebene angesiedelt ist der Hinweis auf eine Verpflichtung des Gläubigers, Unstreitiges aus dem Prozeß herauszuhalten (60). Dies ergebe sich schon
-
- 56) AG Tuttlingen VersR 1963, 492; LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060; a.A. LG Köln VersR 1966, 966 (967); ähnlich früher für Warenlieferungen: RG SA 61, Nr. 149; RG SA 77, Nr. 2; BGHZ 1, 4 (7).
 - 57) so für Schmerzensgeldforderungen: OLG Düsseldorf NJW 1965, 1763 (1764); LG Nürnberg-Fürth VersR 1967, 511 (nur Leitsätze); für Mitverschuldensquote: OLG Düsseldorf a.a.O.; LG Hagen VersR 1957, 308; OLG Hamm VersR 1967, 383; ohne Sachverhalt: OLG Nürnberg VersR 1965, 1184.
 - 58) LG Hagen VersR 1957, 308; OLG Düsseldorf NJW 1965, 1763 (1764).
 - 59) LG Bad Kreuznach VersR 1961, 863; LG Hagen VersR 1957, 308; OLG München VersR 1962, 673; LG Augsburg VersR 1968, 1152.
 - 60) LG Augsburg VersR 1968, 1152.

daraus, daß im Prozeß nach der Rechtsprechung zum Antragserfordernis in § 307 ZPO (61) auch gegen den Willen des Gläubigers Teilanerkennnisurteil ergehen könne (62). Prozeßtaktische Kostenüberlegungen des Gläubigers (63) rechtfertigten es ebenfalls nicht, eine Teilleistung unter Berufung auf § 266 BGB zurückzuweisen und sie danach im Rahmen des Gesamtanspruchs rechtshängig zu machen (64).

- (6) Weiter wird in Einzelfällen ausgeführt, es sei treuwidrig, wenn der Geschädigte einen teuren schadenserhöhenden Kredit zur Zwischenfinanzierung der Schadensbeseitigung aufnehme, eine gleichzeitig eingehende Teilleistung des Schuldners aber zurückweise (65).

Es gehe auch nicht an, daß der Geschädigte selbst sein Interesse an baldmöglichsten Teilleistungen bekunde, sein Rechtsnachfolger diese aber wiederum ablehne (66).

Die einzige Konstellation, in der die Rechtsprechung konsequent der Ablehnung von Teilleistungen keine Nachteile für den Gläubiger folgen läßt, ist die, bei der die Annahme der Teilleistung als Verzicht auf die Restforderung gedeutet werden kann (67). Dies wird immer dann angenommen, wenn seitens des Schuldners bei Erbringung der Teilleistung Erklärungen abgegeben werden, die eine Deutung in der Richtung auf einen Vergleichsantrag hin zulassen. Beispielhaft seien hier erwähnt die Formulierungen "die Bezahlung erfolge zur endgültigen Klaglosstellung" (68) oder "zur

61) s.o. § 4 II 2 c.

62) OLG Hamm VersR 1957, 824.

63) s.o. § 3 II.

64) LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 (1062).

65) OLG Nürnberg DAR 1964, 109; LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 (1062).

66) OLG Nürnberg VersR 1964, 834 f. = MDR 1964, 594.

67) OLG München VersR 1962, 673 u. VersR 1959, 550 (551); OLG Celle DAR 1958, 304.

68) so der Sachverhalt von OLG Düsseldorf VersR 1966, 1055.

Abgeltung aller Ansprüche". Ruhlkopf (69) empfiehlt den Versicherungsunternehmen denn auch, angesichts dieser Rechtsprechung dem Geschädigten die Geltendmachung weiterer Ansprüche ausdrücklich anheimzustellen.

Ohne nähere Auseinandersetzung zumindest im veröffentlichten Teil der Entscheidungsgründe bejaht das LG Augsburg die Anwendung des § 266 BGB in einem Fall, in dem ein Versicherungsunternehmen statt des später zugesprochenen Schmerzensgelds in Höhe von DM 15.000 nur DM 7.500 angeboten hatte (70).

bb) Die zustimmenden Auffassungen in der Literatur

In der Literatur, insbesondere auch in den Kommentaren zum BGB, findet sich weitgehende Befürwortung für die Ergebnisse der Rechtsprechung: Zwar werden die angeführten Begründungen, speziell die Heranziehung des § 242 BGB, von manchen als zu vage (71), ja als "nichtssagende Leerformel" (72) bezeichnet. Andererseits ergeht gerade hier der Hinweis, § 266 BGB stehe unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben und könne durch den Rückgriff darauf wieder eingeschränkt werden (73).

Jedes der sachlichen Argumente der Rechtsprechung findet Zustimmung: Jürgen Schmidt (74) etwa umschreibt den weggefallenen Zweck der Bestimmung präziser als die Entscheidungen: "Stellt die Teilleistung keine Beeinträchtigung der Interessen des Gläu-

69) Ruhlkopf, VersR 1967, 927.

70) LG Augsburg DAR 1965, 327 f.

71) Alt. Komm.-Dubischar, Rz. 1 zu § 266 BGB; Baumgärtel, VersR 1970, 969 (971).

72) Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 723 zu § 242 BGB.

73) Emmerich, Grundlagen, § 81; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 2 zu § 266 BGB; Dörfelt, S. 66; Ruhlkopf, VersR 1967, 928, s.o. § 1 III 3.

74) Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 724 zu § 242 BGB.

bigers in rechtlicher, wirtschaftlicher oder faktischer Hinsicht dar, so besteht kein Anlaß, dem Schuldner Teilleistungen zu verbieten."

Die Geringfügigkeit des ausstehenden Restbetrags (75) sowie der Hinweis auf die erfolgte Anrechnungsbestimmung (76) werden ebenfalls als Argumente für eine restriktive Anwendung des § 266 BGB gebraucht. Manche Autoren, insbesondere die aus der Gerichtspraxis kommenden, betonen die beschriebenen kostenrechtlichen Argumente (77). Es sei grob unbillig, den zur Teilleistung bereiteten Ersatzschuldner nach Belieben des Gläubigers mit dem vollen Kostenrisiko zu belasten, dem Gläubiger aber die Wahl zu lassen, den strittigen Teil entweder isoliert mit relativ hohem Kostenrisiko oder im Rahmen der Gesamtforderung zu den billigeren degressiven Gebührenstufen einzuklagen. Diese Ungleichheit allein rechtfertige eine materiell-rechtliche Einschränkung des § 266 BGB (78).

cc) Die Mindermeinung von Heinzelmann und Leonhard: die Unbestrittenheit der Forderung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 266 BGB

Heinzelmann (79) und Leonhard (80) vertreten einen eigenwilligen Lösungsansatz, der freilich in den meisten Fällen zu den Ergebnissen der Rechtsprechung führen dürfte:

-
- 75) Ruhkopf, VersR 1960, 13 (14); Hans Wolfgang Schmidt, VersR 1966, 226 f.; Baumgärtel, VersR 1970, 969 (974); Palandt-Heinrichs, Anm. 4 d; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 2 zu § 266 BGB.
76) Ruhkopf, VersR 1960, 13 (14); ders., VersR 67, 927; allgemeiner Schmalzl, VersR 1965, 423 f.
77) s.o. § 3.
78) Ruhkopf, VersR 1960, 13; Hans Wolfgang Schmidt, VersR 1966, 226 (227); ders., DAR 1968, 143 ff. (144); Baumgärtel, VersR 1970, 969 (971); Staudinger-Selb, Rz. 12 zu § 266 BGB.
79) Heinzelmann, NJW 1967, 534 f.
80) Leonhard, VersR 1967, 534 ff.

Leonhard stützt sich insbesondere auf die Gesetzesmaterialien und den Gesetzeszweck (81): Der Gesetzgeber habe bei der Abfassung des § 266 BGB nur an in voller Höhe unstreitige Forderungen gedacht, nicht aber daran, daß der Schuldner nur den von ihm als berechtigt anerkannten Teil einer Forderung erfüllen möchte.

Heinzelmann (82) führt ähnliche Gründe an: Der in den Motiven genannte Zweck, der Gläubiger dürfe nicht durch Teilleistungen beeinträchtigt werden, dürfe nun nicht das Recht des Schuldners verkürzen, sich gegen einen geltend gemachten Anspruch auch teilweise zu verteidigen. Auch das Argument aus der ungerechten Verteilung der Prozeßkosten (83) bei teilweise bestrittenen Forderungen wird erwähnt.

Beide Autoren beschränken § 266 BGB bereits tatbestandlich auf in voller Höhe unbestrittene Ansprüche. Nur dem Gläubiger, dem anerkanntermaßen die Forderung in gesamter Höhe zustehe, stehe auch das Ablehnungsrecht zu, wenn ihm eine Teilerfüllung angeboten werden. Bei partiell bestrittenen Ansprüchen sei die Gefahr zu groß, daß etwas als Teilleistung zurückgewiesen werde, was in Wirklichkeit die geschuldete Erfüllung sei (84).

Diese Auffassung ist auf den entschiedenen Widerstand der h.L. gestoßen, obwohl ihre Ergebnisse als erwünscht angesehen werden (85). Generell sei die Bestrittenheit oder Unbestrittenheit kein Kriterium des materiellen Rechts, sondern des Prozeßrechts (86). Die Differenzierung sei auch im Wortlaut des § 266 BGB nicht an-

81) Leonhard, a.a.O., S. 535.

82) Heinzelmann, a.a.O., S. 535; so auch Fikentscher, § 30 I.

83) Heinzelmann, a.a.O., S. 535.

84) Das gleiche Ergebnis erzielt - allerdings unter Berufung auf § 242 BGB - OLG Hamm VersR 1967, 383.

85) Ruhkopf, VersR 1967, 927 (928); Dörfelt, S. 64; Baumgärtel, VersR 1970, 969 (971); Palandt-Heinrichs, Anm. 2 a zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 2 zu § 266 BGB.

86) Baumgärtel, a.a.O., S. 971.

gelegt (87). Schließlich stehe es vollständig im Belieben eines jeden Schuldners, eine Forderung durch teilweises Bestreiten dem Anwendungsbereich des § 266 BGB zu entziehen und sich so sozusagen selbst eine bequeme Teilzahlung zu genehmigen (88).

dd) Die Gegenmeinung - das Festhalten am Gesetzeswortlaut

Der gerade beschriebene Meinungsstreit ist, wie ausgeführt, ein Streit um Begründungen, das gewünschte Ergebnis in beiden Fällen identisch, nämlich ein möglichst weitgehendes Zurückdrängen des § 266 BGB in den Schadensabwicklungsfällen. Rother (89), Roidl (90) und Boetzinger (91) erstreben im Gegensatz dazu ein weit mehr dem Gesetzeswortlaut verhaftetes Vorgehen.

Rother (92) wendet sich insbesondere gegen das sog. Spitzenbetragsargument. Bei unvollständiger Erfüllung von Geldschulden, gerade auch wenn der ausstehende Restbetrag recht klein sei im Vergleich zum bereits Erhaltenen, trete leicht eine Zermürbung des Gläubigers ein, die ihn von der Weiterverfolgung seines Anspruchs abhalten könne. Der Schädiger erhalte so einen ungerechtfertigten Rabatt. Professionelle Schuldner, insbesondere die Haftpflichtunternehmen, könnten hieraus eine Taktik entwickeln und in vielen Fällen geringfügige Abzüge von den Forderungen machen (93). Auf Dauer angelegt, könnten sich daraus "erkeckliche Einsparungen" ergeben (94). Auch das Argument der Gerichtskostenverteilung kehrt Rother zugunsten des Gläubigers um: ihm dürfe

87) Baumgärtel, a.a.O.; Nacken, S. 9; Ruhkopf, VersR 1967, 928; Staudinger-Selb, Rz. 12 zu § 266 BGB.

88) Ruhkopf, VersR 1967, 928; Baumgärtel, VersR 1970, 971.

89) Rother, NJW 1965, 1749 ff.

90) Roidl, NJW 1968, 1865 ff.

91) Boetzinger, VersR 1968, 1124 f.

92) Rother, NJW 1965, 1750.

93) ders., a.a.O., 1751.

94) ders., a.a.O.; grundsätzlich zustimmend, im konkreten Fall ablehnend: LG Köln VersR 1966, 966 (967).

nicht zugemutet werden, den streitigen Teilbetrag zu den relativ höheren Ausgangsgebührenstufen einzuklagen. Vielmehr müsse er das Recht haben, über die Gesamtforderung einen Rechtsstreit zu führen, auch wenn weite Teile davon unstrittig seien (95).

Roidl hält - seinerseits ausgehend von Treu und Glaubens-Erwägungen - Teilleistungen dann für den Gläubiger für unzumutbar, wenn der Schuldner eine sachkundige und solvente juristische Person sei (96). Seien Stellen vorhanden, die sich ausschließlich den Haftpflichtfragen widmeten, also bei Versicherungsunternehmen, der Bundeswehr und vielen anderen Behörden, dürfe der Gläubiger erwarten, daß der Schuldner die fällige Gesamtleistung auf einmal errechne. Von der ständigen Zahlungsfähigkeit solcher Schuldner müsse ausgegangen werden. Eine Einschränkung des Teilleistungsverbots sei mit Treu und Glauben nämlich nur dann zu begründen, wenn der Schuldner mit der Teilleistung sein derzeitiges pfändbares Vermögen voll ausgeschöpft habe.

Die prozeßrechtliche Lage rechtfertigt nach Roidl keine abweichende Beurteilung: Der Auslegung des Antragserfordernisses des § 307 ZPO, so wie sie die Rechtsprechung vornehme, könne für Teilerkenntnisse nicht gefolgt werden (97). Auch sei zu beachten, daß das Gericht durch Erlaß eines Teilerkenntnisurteils häufig eine Arbeitsmehrbelastung aufgebürdet bekomme, dies immer dann, wenn für die Beurteilung der streitigen Restforderung das gesamte Beweismaterial herangezogen werden müsse. - Auch von einer Teilerledigung könne nur dann die Rede sein, wenn § 266 BGB, sei es abbedungen, sei es im Einzelfall einmal tatsächlich durch § 242 BGB überlagert sei. Die prozessualen Gegebenheiten dürften grundsätzlich nicht das materielle Recht beeinflussen (98).

95) dagegen: OLG Nürnberg DAR 1964, 106; LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 (1062).

96) Roidl, NJW 1968, 1865.

97) Roidl, NJW 1968, S. 1866, Fn. 6.

98) ders., a.a.O., S. 1866.

Daß die strikte Anwendung des Teilleistungsverbots keineswegs dem Gläubiger einseitige Kostenvorteile verschaffe, zeige sich an folgendem: bestehe Streit darüber, ob das Angebot des Schuldners Voll- oder Teilerfüllung sei, so trage der zurückweisende Gläubiger sämtliche Kosten, wenn das Gericht später die Einschätzung des Schuldners übernehme, § 93 ZPO (99).

Boetzingen schließlich stützt sich zunächst auf ein methodologisches Argument (100): Es sei nicht angängig, eine gültige Norm in ganzen Fallgruppen durch Berufung auf § 242 BGB zu verdrängen. Dazu müßten stets "bestimmte, ganz besonders gelagerte" Umstände mit Ausnahmecharakter vorliegen. Die prozessualen Argumente der h.M. entkräftet Boetzingen mit dem Hinweis, daß es "- überspitzt formuliert - wegen § 266 BGB grundsätzlich gar keine unstreitigen Teile eines Gesamtanspruchs" gebe, so daß eben - wegen § 266 BGB - der Gläubiger die Gesamtforderung einklagen und die Vorteile der degressiven Gebührenstaffelung bei Teilabweisung für sich in Anspruch nehmen könne. Nicht entscheidend sei auch, daß über eine restriktive oder großzügigere Sicht des § 266 BGB die erstinstanzielle sachliche Zuständigkeit sowie der daran geknüpfte Instanzenzug beeinflusst würden (101).

99) Roidl, a.a.O., S. 1866/1867.

100) Boetzingen, VersR 1968, 1124 f.

101) ders., a.a.O., S. 1125.

2. Kapitel

Die historische Entwicklung bis zum Inkrafttreten des § 266 BGB

§ 5) Die gemeinrechtliche Rezeption des römischen Rechts

I) Überblick

Die in den römischen Quellen vorgefundenen Aussagen über Teilleistungen und ihre rechtlichen Auswirkungen haben ohne wesentliche Änderung Eingang in das Gemeine Recht gefunden. Da eine eindeutige Regelung über ein Ablehnungsrecht des Gläubigers fehlte, mußte von den ausdrücklich behandelten Rechtsfolgen und Einschränkungen darauf zurückgeschlossen werden. Dies führte in manchen Einzelfragen zu abweichenden Auslegungen.

II) Bloße Teilerfüllungswirkung bei Annahme einer Teilleistung durch den Gläubiger

Teilleistungen, die vom Gläubiger als solche angenommen wurden, lösten nach den Quellen nur eine entsprechende partielle Erfüllungswirkung aus (1). Möglich war es auch, teils durch Erfüllung, teils mittels acceptilatio zu einer Aufhebung des Schuldverhältnisses zu gelangen (2).

Im Gemeinen Recht (3) wurden diese Rechtsfolgen einer Teilleistung anerkannt; die acceptilatio wurde als Erlaß begriffen (4).

-
- 1) D. 46, 3, 9, 1: Qui decem debet, partem solvendo in parte obligationis liberatur et reliqua quinque sola in obligatione remanent.
 - 2) I. 3, 29, 1: ... sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.
 - 3) v. Savigny, Obligationenrecht I, § 31.
 - 4) Arndt, § 267 Anm. 1; Windscheid-Kipp, § 357, Fn. 5.

Den genannten Stellen ließ sich nichts über die Frage der Annahmepflichtigkeit des Gläubigers entnehmen, da sie die erfolgte Annahme gerade voraussetzen.

III) Zurückbehaltungsrecht des Verkäufers bei nur teilweise erbrachter Gegenleistung

Das Angebot nur eines Teils des Kaufpreises gestattete dem Verkäufer die Zurückhaltung der Kaufsache "quasi pignus" (5). Auch diese Quelle ergab nichts zur Annahmepflichtigkeit des Gläubigers bei einem Teilangebot. Geregelt wurde nur die Rechtslage hinsichtlich der Gegenleistung nach der einmal erfolgten Annahme.

IV) Verpflichtung zur Gesamtverzinsung trotz Rückzahlung eines Teils des Kapitals, D. 22, 1, 41, 1

D. 22, 1, 41, 1: Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.

In der Bestimmung einer in gesamtem Umfang weiterlaufenden Verzinsung trotz teilweiser Rückzahlung des Kapitals sollte sich nach vielen die Bedeutung der Stelle nicht erschöpfen (6). Häu-

5) D. 19, 1, 13, 8.

6) Für weite Auslegung: Windscheid-Kipp, § 342; Mommsen, § 15; Guarino, S. 613; Dernburg, § 55, S. 153, Fn. 7; Sintenis, § 84, Fn. 41; für wortlautgetreue Auslegung nur v. Savigny, Obligationenrecht I, § 31.

fig wurde ihr der Grundsatz "particularis solutio non est solutio" entnommen (7), dies später unter Hinweis auf § 266 BGB (8).

Dieser Auslegung ist zuzugeben, daß die Erbringung von Teilleistungen für den Fall entsprechender vertraglicher Vereinbarung ausdrücklich als zulässig bezeichnet wird. Daraus läßt sich der Gegenschluß ziehen, daß ohne dahingehende Vereinbarung nicht abschnittsweise erfüllt werden dürfe. Ganz zwingend ist dies freilich nicht: Nach dem Wortsinn ist nur das Anwachsen der aus dem Gesamtkapital berechneten Zinsen als Rechtsfolge der Teilleistung angeordnet, womit nur mittelbar die Erbringung der Gesamtleistung gefördert wird. Muß der Schuldner weiterhin das gesamte Kapital verzinsen, wird ihm nämlich an der Teilrückzahlung kaum gelegen sein (9).

V) D. 12, 1, 21: Ablehnungsrecht des Gläubigers, das grundsätzlich nur vor Rechtshängigkeit ausgeübt werden kann

Die Auslegung der folgenden - auch aus heutiger Sicht wichtigsten - Quelle zu § 266 BGB war sehr umstritten.

D. 12, 1, 21: Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturum videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.

Madai (10) entnahm ihr ein umfassendes Zurückweisungsrecht des Gläubigers. Die im 2. Teil für den Prozeßfall gemachte Beschrän-

7) Müller, S. 521, Fn. 14.

8) Dernburg, § 55, S. 153, Fn. 7.

9) Die letztgenannte Deutung stammt von v. Savigny, Obligationenrecht I, § 31, S. 323.

10) Madai, § 38, S. 238; ähnlich Rosenberg, IherJB 43, S. 177, Fn. 12.

kung bedeute keine rechtlich wirksame Annahmepflicht. "Compulerit" bedeute nämlich nicht Zwangsausübung, sondern gütliches Zureden durch den Prätor.

Die entgegengesetzte Deutung - ein Recht des Schuldners zur Erbringung von Teilleistungen mit entsprechender Annahmepflicht des Gläubigers - vertrat v. Savigny (11). Geschützt werde der Gläubiger dadurch, daß Zinsen über das gesamte Kapital fortzuentrichten seien (12) und auch zur Sicherheit bestellte Pfänder voll weiterhafteten (13).

Die herrschende Auffassung (14) ging dagegen von einem grundsätzlichen Zurückweisungsrecht des Gläubigers aus, das im Falle eines Rechtsstreits eingeschränkt sei.

Schon die Echtheit dieser Einschränkung war wieder bestritten: Sintenis (15) sah in ihr eine Wiedergabe klassischer prätorischer Edikte. Nach der überwiegenden Auffassung (16) handelte es sich um eine spätklassische Einfügung, da die *humanitas* erst ein Motiv der Spätzeit sei.

Auch die Bedeutung der Einschränkung war ungeklärt, soweit eine Auslegung für die römische Epoche versucht wurde: Während Friedrich Mommsen die Annahmepflicht *ipso iure* mit Verfahrensbeginn eintretend ansah (17), schrieben andere diese Wirkung erst einer *denegatio* seitens des Prätors zu (18).

11) v. Savigny, Obligationenrecht I, § 31, S. 322, Fn. b.

12) s.o. § 5 IV mit Fn. 9.

13) dies unter Berufung auf D. 20, 1, 19; D. 21, 2, 65.

14) Friedrich Mommsen, § 15, S. 148, Fn. 13; Brachvogel, AcP 8, 335 (336); Solazzi, S. 94; Schwind I, § 77; Siber II, S. 272; Thomas, S. 343; Dernburg, § 55.

15) Sintenis, § 84, Fn. 41.

16) Solazzi, Schwind, Siber, Thomas, alle wie in Fn. 14.

17) Friedrich Mommsen, § 15, S. 148.

18) Dernburg, § 55; Sintenis, § 84.

Für die Gegenwart wurde dagegen die aus der Quelle abgeleitete Einschränkung des Ablehnungsrechts dem neuen Verfahrensrecht gemäß ausgeweitet: Da die Möglichkeit einer denegatio entfallen war (19), hatte der Gläubiger mit Rechtshängigkeit Teilleistungen zur Meidung des Annahmeverzugs zu akzeptieren (20). Dies sollte aber nur dann gelten, wenn die Entgegennahme den Interessen des Gläubigers nicht widersprach (21).

VI) Weitere Beschränkungen des Ablehnungsrechts bei Teilleistungen

1) Das sog. beneficium competentiae mit der Folge der Verurteilung in id quod facere potest

Das ausführlich belegte, wenn auch in Einzelfragen umstrittene beneficium competentiae wurde rezipiert (22).

Danach konnten privilegierte Schuldner bei ihrer Verurteilung, ja noch vor der Exekution eine Beschränkung auf id quod facere potest erreichen. Privilegiert waren Schuldner mit verwandtschaftlicher oder sonstiger enger persönlicher Bindung zum Gläubiger (23), der Schenker (24) sowie der Soldat im Kriegsdienst (25).

Ursprünglich hatten Verurteilung und Exekution in id quod facere potest das gesamte Schuldnervermögen erfaßt (26), was zu Zeiten

19) Dernburg, S. 153, Fn. 7.

20) Friedrich Mommsen, § 15, S. 148; Windscheid-Kipp, § 342, S. 423, Fn. 20; so noch Ennecerus-Lehmann, § 21 I c; a.A.: Sintenis, § 84, Fn. 41; Dernburg, § 55, S. 153, Fn. 7.

21) Friedrich Mommsen, § 15, S. 148; Windscheid-Kipp, § 342.

22) Francke, AcP 23, 387 ff.; Arndt, § 255.

23) D. 42, 1, 16/17; D. 42, 1, 20; D. 42, 1, 21.

24) D. 42, 1, 19.

25) D. 42, 1, 18.

26) Francke, AcP 23, 387 (412); Müller, S. 522.

der Personalexekution einen wichtigen Vorteil bedeutete. Arglistig verschobene Gegenstände wurden hinzugerechnet (27), Schulden regelmäßig nicht abgezogen (28). Später, vor allem auch in gemeinrechtlicher Zeit, durfte der Schuldner die zum Lebensunterhalt nötigen Mittel behalten (29), da ja seit Anerkennung der *cessio bonorum* für alle Schuldner die Personalexekution entfiel (30).

Wegen der in der klassischen Zeit recht starren Vorstellung von der Konsumtionswirkung des Urteils entfaltete ein einmal gewährtes *beneficium competentiae* Erlaßwirkungen (31), die freilich durch eine *cautio de residuo solvendo* des Klägers verhindert werden konnten (32). Seit der justinianischen Zeit war diese *cautio* nur noch deklaratorisch (33).

Kam der Schuldner wieder zu besseren Vermögensverhältnissen, war damit der Weg zur Leistungserbringung in Etappen frei; im praktischen Ergebnis bedeutete das *beneficium competentiae* dann, daß auch der widerstrebende Gläubiger Teilleistungen zur Meidung des Annahmeverzugs anzunehmen hatte (34). Diese Möglichkeit des Vorbehalts übersieht Heilfron (35), wenn er von einer Beschränkung der Gesamtleistung spricht.

Ein eindeutiger Hinweis darauf, daß im Gemeinen Prozeß jeder Schuldner im Urteil teilweisen Zahlungsaufschub zugesprochen

27) Müller, S. 523.

28) Francke, AcP 23, 387 (414); D. 42, 1, 19, 1: doch Abzug beim Schenker.

29) D. 42, 1, 17, 3.

30) Francke, a.a.O., S. 414.

31) Müller, S. 523, Fn. 22.

32) D. 14, 5, 2 pr.; D. 14, 5, 5 pr.

33) Müller, S. 523; Guarino, S. 613 ff.

34) Marezoll, § 152; Guarino, S. 613 ff.; Müller, S. 521 ff.; Motive, Mugdan, S. 18.

35) Heilfron, Bd. 2, S. 34, Fn. 2 a.E.

bekommen konnte, findet sich nicht (36).

2) Das beneficium divisionis

Der Grundsatz, daß mehrere Bürgen gesamtschuldnerisch hafteten, erfuhr im Lauf der Zeit Durchbrechungen:

Nach der republikanischen lex Furia de sponsu kam es für in Italien bestellte Bürgschaften auf Einrede zu einer pro-rata-Verurteilung, die Quotelung erfolgte dabei nach der Kopffzahl. Die klassische epistula Hadriani führte für alle Bürgschaften zu einer Weiterentwicklung, die Quotelung bemaß sich nur noch nach der Anzahl der zahlungsfähigen Bürgen (37). In dieser Form wurde das beneficium divisionis auch rezipiert (38).

Diese Einschränkungen der Bürgenhaftung wurden als dem Gläubiger aufdrängbare Teilleistungen angesehen (39), denn verpflichtet habe sich der Bürge ja, für die Gesamtforderung einzustehen. Dabei wurde übersehen, daß dem Bürgen nicht Teilleistung gestattet, sondern der gegen ihn gerichtete Anspruch reduziert wird. Daher ist das beneficium divisionis nicht auf eine zulässige Erbringung der Leistung in Etappen gerichtet, sondern auf eine Verminderung des zu Leistenden.

-
- 36) Wetzel, § 47, erwähnt nur eine einmalige Zahlungsfrist, vgl. aber § 8, Kap. 14, Teil 4 Codex Maximilianeus, § 60, Kap. 16, 1. Teil ALR und Art. 1244 al. 2 Cc.
- 37) Kaser I, § 155 II 3 a u. 4 b; Appleton, ZSt 16, 1 (3 ff., 19); Kunkel, § 132.
- 38) Arndt, § 355 (2); Dernburg, II, § 81; Windscheid-Kipp, § 479.
- 39) Dernburg, § 55. S. 153, Fn. 8; Kunkel, S. 215/216; Kaser, § 149 III 2.

VII) Die Lehre von der Teilbarkeit der Obligation

Hier seien die Grundlagen der Lehre über die "Teilbarkeit" dargestellt, deren Terminologie noch immer Einfluß auf die Erörterungen zu § 266 BGB nimmt (40).

Für die Systematisierung und wissenschaftliche Durchdringung des römischen sowie des Gemeinen Rechts war es erforderlich, die Teilbarkeit von Rechten, absoluten wie relativen, zu erörtern. Diese Notwendigkeit ergab sich insbesondere aus der mit dem Erbfall eintretenden pro-rata-Rechtsnachfolge der Miterben, ein praktisch häufiger Fall (41). Im 19. Jahrhundert wurden der Teilbarkeit von Ansprüchen recht umfassende Erörterungen gewidmet (42). - Heute hat dagegen § 420 BGB einen viel engeren Anwendungsbereich: Teilschuldnerschaft (ebenso Teilgäubigerschaft) sind fast ausschließlich bei ausdrücklicher Vereinbarung denkbar (43).

Als teilbar wurden regelmäßig die Ansprüche angesehen, deren Gegenstand in nur quantitativ unterschiedliche, qualitativ dagegen miteinander und der Gesamtleistung inhaltsgleiche Teile zerlegt werden konnte (44). Entgegen Nacken (45) ist freilich festzuhalten, daß sich das Merkmal der Inhaltsgleichheit von Teil und Ganzem nicht in allen Definitionen der Teilbarkeit findet (46). Einzelfälle waren umstritten, so etwa die Ansprüche auf Übereignung oder Besitzverschaffung an einer Sache. Mitbe-

40) s.o. § 1 II 1.

41) Dazu etwa Windscheid-Kipp, § 253 a.E.

42) Vgl. nur v. Savigny, Obligationenrecht I, Kap. 1, §§ 29-36; Ubbelohde, Lehre ...; Sintonis, § 84 III.

43) Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a, 2 a vor § 420 BGB, Anm. 1 zu § 420 BGB.

44) v. Vangerow, Bd. 3, § 567, Anm. 2; Windscheid-Kipp, § 253; Crome, S. 37.

45) Nacken, S. 4/5.

46) Arndt, § 204; Sintonis, § 84 III.

sitz und -eigentum wurden nämlich teils als minus, teils als aliud zu Vollbesitz bzw. -eigentum angesehen (47). Als stets teilbar galten geschuldete Mengen aus einer Gattung (48).

Über die Frage der Rechtsnachfolge mehrerer Personen hinaus wurde die Teilbarkeit auch für Teilleistungen gefordert: Eine Teilleistung sollte begrifflich nur bei einer teilbaren Obligation möglich sein (49). - Betont wurde stets, daß die Teilbarkeit nicht etwa per se die Teilerfüllung wider den Willen des Gläubigers gestatte, allein sollten eine Abdingung sowie gesetzliche Ausnahmen nur bei teilbaren Leistungen in Betracht kommen (50). Nicht teilbare Ansprüche sollten ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der aliud- oder fehlerhaften Lieferung zu untersuchen sein (51).

§ 6) Die großen Kodifikationen

I) Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis aus dem Jahre 1756

1) Der Grundsatz

Bereits § 1, Kap. 14, Teil 4 des Codex Maximilianeus erwähnt als Zahlung, was allgemeiner im Sinne von Erfüllung zu verstehen ist, "eine Entrichtung dessen, was man schuldig ist, ... in dem Maße, wie es die Obligation mit sich bringt" (1). - § 6 fordert einmalige Zahlung, ohne Zahlungsfristen oder Nachlässe.

47) aliud: Crome, S. 38; Arndt, S. 386;

minus: Windscheid-Kipp, § 253; Ubbelohde, S. 32, Fn. 2.

48) Windscheid-Kipp, § 253, Fn. 2; Dernburg, Preußisches Privatrecht, § 24; Endemann, § 120; Cosack, § 85.

49) Crome, S. 37; Kreß, § 18; Endemann, § 120; Sintenis, § 84.

50) Sintenis, a.a.O.; v. Vangerow, § 567; Heilfron, § 65; Crome, S. 37/38; Motive, Mugdan, Schuldverhältnisse, S. 18.

51) zur heutigen Behandlung vgl. die Nachweise in § 1, Fn. 9-26.

1) zitiert nach Danzer, S. 286 ff.

Damit ist - wesentlich klarer als in den Digestenstellen - geregelt, daß gegen den Willen des Gläubigers nicht abschnittsweise erfüllt werden kann.

2) Die Ausnahmen

Bedeutsam ist § 8 desselben Kapitels. Er lautet:

"Desgleichen wird obverstandene Regel, daß die Zahlung ganz und auf einmal geschehen soll, folgendermaßen limitirt. 1) Wenn es besondere Gedinge also mit sich bringen; 2) in Schulden, welche theils liquid, theils illiquid sind; 3) in Bezahlungen, welche nicht an einem Orte allein, sondern an mehreren Orten geschehen sollen; 4) in Fällen, wo Besag Cod. Iud. cap. 18 § 15 entweder von dem Creditor selbst, oder dem mehreren Teil der Gläubiger, oder von der Obrigkeit Zahlungsfristen eingeräumt sind."

Die an 1. und 3. Stelle genannten Ausnahmen sind aus heutiger Sicht selbstverständlich, sie betreffen die Abdingung der Regelung in § 6. Die in Punkt 4) genannte Einräumung von Zahlungsfristen durch den Gläubiger selbst bedeutet eine nachträgliche Abänderung der vereinbarten Leistungsmodalitäten. Die Bewilligung von Zahlungsfristen durch die Landesherren erfolgte zumeist nach größeren Kriegen zugunsten aller Schuldner oder gewisser Schuldnerklassen (Generalmoratorien); regelmäßig setzten sie eine Sicherstellung der Gläubiger voraus (2). Die einem Schuldner durch die Mehrheit seiner Gläubiger bewilligten Zahlungsfristen - ein Vorläufer des heutigen Vergleichsverfahrens - ermöglichten auch gegenüber dem nicht einverstandenen Gläubiger eine ratenweise Erfüllung. Beide Formen von Moratorien wurden durch § 4 EGKO abgeschafft. - Die Möglichkeit der Einräumung von Tilgungsfristen durch den Zivilrichter im Erkenntnisverfahren (Spezial-

2) Arndt, § 223.

moratorium) ist durch § 14 Abs. 2 Zr. 4 EGZPO aufgehoben (3).

Die in Zr. 2) gemachte Ausnahme für teils liquide, teils illiquide Forderungen steht einseitig im Belieben des Schuldners. Er hat es in der Hand, ob und in welchem Umfang er den gegen ihn geltendgemachten Anspruch bestreitet. Damit wird die Möglichkeit einer Teilerfüllung gegen den Willen des Gläubigers gegenüber D. 12, 1, 21 und der daraus abgeleiteten gemeinrechtlichen Beschränkung (4) ausgeweitet: Nicht erst das Gericht kann den Gläubiger zur Annahme zwingen, auch der Prozeßbeginn (5) muß nicht abgewartet werden - vielmehr kann der Schuldner selbst bereits vor einem Rechtsstreit durch teilweises Anerkennen, teilweises Bestreiten eine Annahmepflicht des Gläubigers herbeiführen.

II) Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)

1) Der Grundsatz

§ 57, 16. Titel, 1. Teil enthält die klare Regelung, daß der Gläubiger "abschlägliche" Leistungen nicht anzunehmen brachte (6). Der folgende § 58 regelt zugunsten des Gläubigers, daß eine Annahme der Teilleistung als solche nicht als Stundung des ausstehenden Rests betrachtet werden solle.

3) Kurzer Überblick bei Bley/Mohrbutter, Einleitung.

4) s.o. § 5 V.

5) s.o. § 5 Fn. 20.

6) zitiert nach Hattenhauer-Bernert: § 57: Noch weniger kann ihm eine bloß abschlägliche Zahlung aufgedrungen werden.

2) Seine Beschränkungen

Haften mehrere Schuldner pro rata, muß sich der Gläubiger nach § 59 die anteilige Leistung gefallen lassen. Dies ist keine Ausnahme im eigentlichen Sinne, sondern lediglich eine Abgrenzung zu § 57. Die anteilmäßige Haftung begrenzt die geschuldete Leistung ja umfangmäßig.

§ 60 (7) enthält den Hinweis, daß der Richter nach der Prozeßordnung Teil- und Ratenzahlungen anordnen könne.

Im unmittelbaren Kontext findet sich keine Regelung über teilweise bestrittene Forderungen. Jedoch ergibt sich aus § 219, 16. Titel, 1. Teil, daß es hier doch zu einer Teilerfüllung gegen den Willen des Gläubigers kommen kann, dies allerdings erst über eine Hinterlegung der anerkannten Leistung. § 219 schafft einen zusätzlichen Hinterlegungsgrund (8) für nur teilweise bestrittene Forderungen, nach § 213 kommt der Hinterlegung unter gewissen Voraussetzungen Teilerfüllungswirkung zu.

III) Code Civil und ihm folgende Kodifikationen

1) Art. 1244 Cc

Der - noch gültige - Art. 1244 al. 1 Cc (9) verneint eine Annah-

- 7) § 60: In welchen Fällen der Richter einen Gläubiger zur Annahme abschlägiger Zahlungen anhalten könne, bestimmt die Prozeßordnung.
- 8) § 219: Dahin gehört besonders der Fall, wenn der Schuldner die Richtigkeit des Grundes der Forderung zum Theil läugnet, und der Gläubiger den anerkannten Theil derselben, auch mit Vorbehalt seines Rechts wegen des streitigen Überrests, nicht annehmen will.
- 9) zitiert nach: Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. I: Art. 1244. Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.

meobliegenheit des Gläubigers, wenn ihm nur eine Teilleistung angeboten wird. Aus einer Zusammenschau von Art. 1220 al. 1 und dem in Art. 1244 Cc verwendeten Halbsatz "même divisible" läßt sich schließen, daß die Teilbarkeit nicht begriffliche Voraussetzung einer Teilleistung sein sollte (10).

Die allgemein als Ausnahmen aufgezählten Fälle sind nach heutiger Sicht lediglich Abgrenzungen: Art. 1244 al. 1 Cc ist schon seinem Wortlaut nach abdingbar, im Erbfall kommt es bei teilbaren Verpflichtungen zu einer anteilmäßigen Haftung der Erben, Art. 1220 al. 2 Cc (11), das französische Recht kennt das beneficium divisionis, Art. 2026 al. 1 Cc (12).

Art. 1244 al. 2 Cc selbst sieht als echte Durchbrechung, allerdings unter engen Voraussetzungen, die richterliche Einräumung von Zahlungsfristen vor.

2) Teilleistungen nach Badischem Landrecht

Das 1810 in Kraft getretene Badische Landrecht ist in weiten Teilen eine unveränderte Übersetzung des Code Civil. Die Abweichungen in der ja eher nebensächlichen Frage der Zulässigkeit der Teilerfüllung überraschen daher:

Die Möglichkeit richterlicher Zahlungsaufschübe wird nicht geregelt. Art. 1244 b BLR ordnet zugunsten von Schenkern und dem Gläubiger gegenüber Unterhaltsberechtigten das beneficium competentiae an.

10) Art. 1220 al. 1: L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible.

11) Planiol, S. 495.

12) s.o. § 5 VI 2.

Art. 1244 a BLR (13) befaßt sich mit Teilleistungsangeboten auf teilweise bestrittene Forderungen und weicht dabei gleich zweifach von der Vorlage ab. Der Gläubiger muß die auf den unbestrittenen Teil angebotene Teilerfüllung annehmen, wenn Teilbarkeit der Verbindlichkeit gegeben ist. Nach französischen Recht wird weder die Beschränkung als solche noch ein Zusammenhang zwischen Teilbarkeit und Teilleistung anerkannt.

3) Teilleistungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen (1863)

§ 695 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen lautet: "Theilweise Erfüllung, Stückzahlung, braucht sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen." - Einschränkungen sind nicht vorgesehen.

IV) Die Rechtslage in Österreich

Art. 1415 S. 1 ABGB gewährt ein uneingeschränktes Ablehnungsrecht gegenüber Teilleistungsangeboten (14). Systematisch klarer als im BGB folgt in Art. 1415 S. 2, 1416 ABGB die dem § 366 BGB entsprechende Anrechnungsregel (15).

13) Art. 1244 a BLR: Wo nur ein Theil einer Forderung klar, ein anderer bestritten und die Verbindlichkeit theilbar ist, da ist der Gläubiger befugt und schuldig, seiner übrigen Rechte unbeschadet, Stückzahlung anzunehmen.

14) Art. 1415 S. 1 ABGB: Der Gläubiger ist nicht schuldig, die Zahlung einer Schuldpost theilweise, oder auf Abschlag anzunehmen. ✓

15) s.o. § 1 II 2.

V) Art. 69 des Schweizer Obligationenrechts

Nach Art. 69 al. 1 OR (16) kann der Gläubiger eine ihm angebotene Teilleistung zurückweisen, dies unter zwei Voraussetzungen:

- die gesamte Schuld muß fällig sein,
- sie muß auch "feststehen", was im französischen offiziellen Text umschrieben wird mit "la dette es liquide pour le tout", Art. 69 al. 1 a.E. OR.

Das einseitige Bestreiten des Schuldners erlaubt ihm also auch nach Schweizer Recht eine Teilerfüllung wider den Willen des Gläubigers. Den anerkannten Teil muß er freilich auf Verlangen des Gläubigers auch erbringen, Art. 69 al. 2 OR.

Die Liquidität des Anspruchs, d.h. ihre Titulierung bzw. ihre außergerichtliche Anerkennung durch den Schuldner, ist hier Tatbestandsmerkmal einer materiell-rechtlichen Norm, ein auch im Obligationenrecht einmaliges Phänomen (17). - Die übrigen Einschränkungen des Ablehnungsrechts sind auch für § 266 BGB anerkannt (18).

§ 7) Die Entstehungsmaterialien zu § 266 BGB

1) Die Redaktorenvorlage an die Erste Kommission

§ 3 des von Franz Philipp von Kübel stammenden Teilentwurfs Nr. 21 lautet:

-
- 16) Art. 69 al. 1 OR: Der Gläubiger braucht eine Teilzahlung nicht anzunehmen, wenn die gesamte Schuld feststeht und fällig ist.
 - 17) Deswegen spricht sich v. Büren, S. 443, Fn. 3 auch gegen diese Einschränkung aus, allerdings ohne Auseinandersetzung mit dem Gesetzeswortlaut. Für wortlautgetreue Auslegung: v. Tuhr/Escher, § 57 IV 4; Becker in Berner Kommentar, Anm. 2 zu Art. 69.
 - 18) dazu Becker, a.a.O.

"Der Schuldner hat die ihm obliegende Leistung nach Maßgabe seiner Verbindlichkeit zu bewirken.

Eine andere Leistung als die geschuldete ist der Gläubiger anzunehmen nicht verpflichtet.

Eine Theilleistung kann dem Gläubiger nicht aufgedrungen werden." (1)

Zur Begründung der Regelung über die Theilleistung verweist v. Kübel zunächst auf die Übereinstimmung mit dem Gemeinen Recht und den größeren Kodifikationen (2).

Die für das Gemeine Recht aus D. 12, 1, 21 abgeleitete Beschränkung auf in vollem Umfang unbestrittene Forderungen weist er zurück; sie sei schon für das Gemeine Recht umstritten und dürfe keineswegs gegen das Interesse des Gläubiger gemacht werden (3).

- Auch die Vorschrift der ZPO über das Teilurteil sei für eine solche Beschränkung unergiebig, sie solle nämlich den Gläubiger schützen, ihm insbesondere die Zwangsvollstreckung hinsichtlich des entscheidungsreifen Anspruchsteils früher ermöglichen: Gegen den Willen und das Interesse des Gläubigers dürfe auch auf ein Teilurteil nicht geleistet werden (4).

Die durch § 14 Zr. 4 EGZPO abgeschaffte Möglichkeit, im Urteil Zahlungsaufschub und Ratenleistungen anzuordnen, könne in eine Kodifikation des materiellen Rechts nicht mehr wieder aufgenommen werden; sie sei auch unzeitgemäß, da dem Richter zuviel Freiheit, nämlich zu "in das materielle Recht eines Andern ein-

-
- 1) zitiert nach Jakobs-Schubert, Recht der Schuldverhältnisse I, § 266 BGB.
 - 2) vgl. Schubert, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, S. 768 ff. (778).
 - 3) "Es ist aber überhaupt nicht einzusehen, warum das theilweise Anerkenntniß einer weitergehenden Forderung des Gläubigers von Seiten des Schuldners die Statuirung einer ausnahmsweisen Verpflichtung von Jenem zur Annahme einer dem zugestandenen Theile der Forderung entsprechenden Leistung begründen sollte ..." (Schubert, S. 778).
 - 4) Schubert, a.a.O.

greifenden Billigkeitsakten" (5), gewährt werde.

Die Aufnahme des beneficium competentiae lehnt v. Kübel als überflüssig ab, da die moderne Exekution dem Vollstreckungsschuldner ohnehin das zum Erwerb des Unterhalts Notwendige belasse.

II) Die Beratung in der Ersten Kommission

1) Die Protokolle der Ersten Kommission

Die Protokolle der Ersten Kommission zur Frage der Zulässigkeit von Teilleistungen sind ergiebiger als die zur Veröffentlichung bestimmten Motive (6):

Als überflüssig abgelehnt wurde ein einschränkender Zusatz, wonach Teilleistungen zulässig waren, wenn die Beschaffenheit der Leistung dies mit sich bringe.

Die Frage der Teilerfüllung teilweise bestrittener Forderungen wurde nur in der Konstellation nach Erlaß eines Teilurteils erörtert; dieses vermöge weder den eingeklagten Anspruch zu spalten, noch ergäbe es einen Rechtsgrund für eine eigenständige Obligation. Die durch die Ablehnung der im Teilurteil zugesprochenen Leistung anwachsende Belastung des Gläubigers mit Judikatszinsen sei hinzunehmen, da sie den Schuldner nur treffe, wenn in einem weiteren Urteil dem Gläubiger noch etwas zugesprochen werde, der Schuldner also zu Unrecht weiterbestritten habe.

In der Redaktionsvorlage erhielt die Regelung über die Teilleistungen ihre heutige Fassung.

5) Schubert, S. 779

6) Jakobs-Schubert zu § 266 BGB.

2) Die Motive (7)

Die Motive sind eine verkürzte Wiedergabe der Vorlagebegründung v. Kübels: Die Obereinstimmung mit dem geltenden Recht wird betont, richterlich angeordnete Zahlungsaufschübe abgelehnt, ebenso das beneficium competentiae.

Es finden sich folgende eigenständige Elemente: Kapital und Zinsen werden als Ziel eines einzigen, einheitlichen Anspruchs behandelt. - Als Rechtsfolge der Zurückweisung wird der Schuldnerverzug hinsichtlich der gesamten Forderung benannt. Schließlich erscheint auch ein Hinweis auf das Erfordernis der "Teilbarkeit"; allerdings bleibt unklar, ob die Regelung nur auf teilbare Ansprüche anwendbar sein sollte.

III) Die Protokolle der Zweiten Kommission

Wesentlich weniger gläubigerfreundlich zielten die Änderungsanträge 1) und 2) (8) darauf ab, Teilleistungen nur dann für unzulässig zu halten, wenn sie den Interessen des Gläubigers widersprächen. Der - im Laufe der Beratungen zurückgezogene - Antrag 1) tat dies in negativer Formulierung und enthielt zur Begründung u.a. den Hinweis, daß der Gläubiger nach Erlaß eines Teilurteils die entsprechende Teilleistung annehmen müsse. - Der inhaltsgleiche Antrag 2) war positiv gewendet.

Auch er wurde abgelehnt, die dem heutigen § 266 BGB entsprechende Fassung bejaht: sie sei "einfaches und klares Recht". Schikanen seitens des Gläubigers durch Nichtannahme einer angebotenen Teilleistung seien wesentlich seltener zu befürchten, gegenüber

7) Mugdan, Recht der Schuldverhältnisse, S 18.

8) Mugdan, S. 524.

den von seiten des Schuldners zu erwartenden Schikanen zu vernachlässigen. Bei Annahme einer Teilleistung müsse der Gläubiger befürchten, den ausstehenden Rest nur noch mit Schwierigkeiten zu erlangen.

IV) Die Beratung im Bundesrat

Durch zwei von Bremen beantragte einschränkende Zusätze kamen die Erörterungen noch einmal zurück zu der als zu gläubigerfreundlich betrachteten Tendenz der Regelung. Die Änderungsvorschläge fanden keinen Eingang in das Gesetz (9).

Der erste Änderungsvorschlag war dem vor der Zweiten Kommission behandelten Antrag 2) identisch, sollte jedoch nur für Ansprüche über vertretbare Sachen gelten. Der zweite Ergänzungsvorschlag zielte dahin, Teilleistungen bei teilweise anerkannten, teilweise bestrittenen Geldforderungen für zulässig zu erklären.

V) Kritik an den Entwürfen

Brachvogel (10) wandte sich bereits im Jahre 1894 gegen die in § 266 BGB eingegangene Regelung. Neben geschichtlichen Erwägungen (11) führt er die von ihm für unsozial gehaltenen Auswirkungen der Regelung an. Der Schuldner würde Teilleistungen in aller Regel nur dann anbieten, wenn er bei bestem Willen darüber hinaus nicht leistungsfähig sei. Demgegenüber stehe ein Gläubiger, der es sich leisten könne, angebotene Teilleistungen zurückzuweisen, also ein reicher - durch das Gesetz nicht zusätzlich schutzwürdiger - Mann (12). - Der Schuldner müsse unge-

9) Jakobs-Schubert zu § 266 BGB.

10) Brachvogel, Archiv für Bürgerliches Recht 8, 344 ff.

11) a.a.O., S. 336/337.

12) S. 338/339.

rechtfertigt hohe Prozeßkosten tragen (13); die im Wechselrecht anerkannte Annahmeverpflichtung auch bei Teilleistungen sei zu verallgemeinern, denn der Wechselgläubiger sei eher - durch eine Reihe von Druckmitteln - dem einfachen Gläubiger gegenüber bevorzugt (14).

Diese weitgehend heute noch vorgebrachte Kritik blieb erfolglos.

§ 8) Zusammenfassung: Die Entwicklung bis hin zu § 266 BGB

I) Der Grundsatz

Das Ablehnungsrecht des Gläubigers gegenüber ihm angebotenen Teilleistungen stammt aus dem römischen Recht und wurde als Grundsatz unverändert in das Gemeine Recht sowie die partikularen Kodifikationen übernommen (1).

Aus dem Gemeinen Recht stammt das - im Code Civil ausdrücklich verneinte - Erfordernis der Teilbarkeit.

II) Die Beschränkungen

1) Allgemeines

Der Grundsatz galt immer als abdingbar und durch Sondergesetz verdrängbar.

Die im römischen und Gemeinen Recht für privilegierte Schuldner anerkannte Einrede der Kompetenz, mit der unter Umständen wider

13) Brachvogel, a.a.O., S. 340/341.

14) Brachvogel, a.a.O., S. 343.

1) Auch neuere Gesetzbücher, so etwa Rt. 1181 italienisches ZGB und § 71 Abs. 1 S. 1 ZGB DDR enthalten den Grundsatz.

Willen des Gläubigers eine Leistungserbringung in Etappen erreicht werden konnte, kennt das BGB in allgemeiner Form nicht mehr (2).

In Frankreich, Bayern und Preußen konnte der Richter im Urteil dem unterlegenen Schuldner Leistungserbringung in mehreren Raten bewilligen; diese Möglichkeit wurde durch § 14 Zr. 4 EGZPO aufgehoben, sie besteht noch nach Art. 1244 al. 2 Cc.

2) Zulässigkeit von Teilleistungen auf den anerkannten Teil i.Ü. bestrittener Ansprüche

Die in D. 12, 1, 21 gemachte Einschränkung, nach der der Prätor den Gläubiger zur Annahme von Teilleistungen zwingen konnte, um den Prozeßstoff zu verringern, wurde im Gemeinen Recht als ipso iure mit Prozeßbeginn eintretend angesehen und im Codex Maximilianeus, im ALR, im Badischen Landrecht und im Schweizer Obligationenrecht ausgeweitet: Den anerkannten Teil einer bestrittenen Forderung sollte der Schuldner stets auch bei entgegenstehendem Wunsch des Gläubigers tilgen können: Das ALR wählt den umständlicheren Weg eines zusätzlichen Hinterlegungsgrundes, die anderen Kodifikationen ordnen unmittelbar eine Ausnahme zu dem Grundsatz der Vollerfüllung an.

Die Hinzufügung einer solchen Beschränkung auch für das Bürgerliche Gesetzbuch wurde in der Vorlagebegründung Franz von Kübels und in den Bundesratsberatungen ausdrücklich abgelehnt. Die Kommissionsberatungen erörterten die Fallkonstellation nur in der Situation nach Ergehen eines Teilurteils (3).

2) vgl. aber § 519 BGB, unten § 12 II 3.

3) Historisch unzutreffend behauptet also Leonhard, VersR 1967, 535, § 266 BGB sei nur für in vollem Umfang anerkannte Forderungen konzipiert worden, dies allerdings vor den Veröffentlichungen von Jakobs und Schubert.

3. Kapitel

Kritische Betrachtung der heute überwiegend vorgenommenen Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 266 BGB

§ 9) Die methodisch unbefriedigende Vernachlässigung der Tatbestandsauslegung

Die Rechtsprechung ist weitgehend dazu übergegangen, die unbeschränkt formulierte Regelung des § 266 BGB mit diversen sachlichen Begründungen unter Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben nur noch auf zwischen den Parteien umfangmäßig unbestrittene Ansprüche anzuwenden: bei der Höhe nach bestrittenen Ansprüchen soll nur dann ein Zurückweisungsrecht bestehen, wenn der Schuldner das Teilangebot mit einem entsprechenden Vergleichsantrag verknüpft, so daß die Annahme der Teilleistung als Vergleichsabschluß gewertet werden könnte (1). - Dieser Lösungsansatz wird in der Literatur überwiegend unterstützt (2).

Es fällt auf, daß die tatbestandliche Anwendbarkeit des § 266 BGB auf umfangmäßig bestrittene Forderungen ohne genauere Subsumtion einfach unterstellt wird, ganz unabhängig davon, worauf der Streit der Parteien beruht. Dies ist methodisch wenig zufriedenstellend, da die Auslegung einer Norm und die Bejahung ihrer Anwendbarkeit im konkreten Einzelfall Vorrang haben vor jeglicher - wie auch immer begründeter - Einschränkung (3). Die Vernachlässigung der Tatbestandsauslegung verwundert schon deshalb, weil der Begriff "Leistung" anerkanntermaßen zweideutig, daher stets erörterungsbedürftig ist (4): je nach dem Sinnzusammenhang

1) s.o. § 4 III 4 b aa mit Nachweisen.

2) s.o. § 4 III 4 b bb.

3) Larenz, Methodenlehre, Kap. 4, 1 a; Kap. 5, 1; zu § 266 BGB: Gernhuber, § 8, 6.

4) grundlegend, Wieacker, Festschrift für Nipperdey I (1965), 783 ff.; vgl. nur MüKo-Kramer, Rz. 6 u. 7 zu § 241 BGB.

zielt er auf die zur Erfüllung notwendige Handlung des Schuldners ab oder auf den geschuldeten Erfolg. Auch der in § 266 BGB verwendete Terminus "Teilleistung" ist daher in den Fällen genauer auf seine Anwendbarkeit zu untersuchen, in denen zumindest den Beteiligten der geschuldete Erfolg nicht bekannt ist. Nachdem Heinzelmann und Leonhard einerseits eine tatbestandliche Reduktion auf in voller Höhe unbestrittene Forderungen vorgeschlagen (5), Rother, Roidl und Boetzing (6) andererseits die Rückbesinnung auf den unbeschränkten Wortlaut des Gesetzes gefordert haben, hätte zudem ein weiterer Anlaß für eine präzisere Auslegung bestanden.

§ 10) Die Vernachlässigung von Regelungen mit gegenläufiger Auswirkung

I) Der Ansatz der Kritik

Auch und gerade bei der Betonung einer wortlautgetreuen Auslegung sind die Normen im Auge zu behalten, die der Ausgangsnorm entgegenstehende Auswirkungen haben. Nur wenn das "Zusammenspiel" mehrerer gesetzlicher Regelungen im konkreten Einzelfall beachtet wird, ist es angängig, von unbilligen oder unzumutbaren Folgen für einen der Beteiligten zu sprechen. Die gegenläufige Tendenz kann rechtlich zur Durchbrechung, d.h. zum Ausschluß auf der Stufe der Tatbestandsanwendung führen: Gerade Regelungen allgemeiner Natur werden häufig durch speziellere Gesetze verdrängt. § 266 BGB ist - der systematischen Stellung nach - eine Norm mit allgemeingültigem Regelungsgehalt (1). - Es können ebenso die typischerweise eintretenden Rechtsfolgen des anwend-

5) s.o. § 4 III 4 b cc.

6) s.o. § 4 III 4 b dd.

1) Zur systematischen Stellung des § 266 BGB vgl. o. § 1 III; Zur tatbestandlichen Verdrängung: Engisch, S. 156 ff.; Larenz, Methodenlehre, Kap. 4, 1 a.

bar bleibenden Tatbestands modifiziert werden, so daß dieser im konkreten Einzelfall weithin folgenlos bleibt.

In den zu § 266 BGB ergangenen Entscheidungen fehlt diese Umfeldbetrachtung: Die pauschale Einschränkung des Tatbestands wurde vorgenommen, ohne die manchmal in offenkundigem Gegensatz stehenden Regeln nur zu erwähnen.

II) § 254 Abs. 2 BGB

In den Schadensabwicklungsfällen besteht eine recht deutliche Diskrepanz zwischen dem Ablehnungsrecht des Gläubigers nach § 266 BGB und seiner in § 254 Abs. 2 BGB begründeten Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten. Nimmt ein Gläubiger eine angebotene Teilleistung nicht an, können Zinsverluste und Zinsverpflichtungen als zusätzliche Vermögensfolgeschäden entstehen: Zinsverluste dann, wenn der Geschädigte eigene Ersparnisse zur Zwischenfinanzierung der Schadensbehebung angreift, was ihm von der Rechtsprechung in recht weitem Umfang auferlegt wird (2), Zinsverpflichtungen dann, wenn der Geschädigte berechtigterweise einen Zwischenkredit aufnimmt (3).

Es ist wenig einsichtig, warum das OLG Nürnberg und das LG Nürnberg-Fürth in solchen Fällen (4) § 254 Abs. 2 BGB nicht einmal genannt haben: Die nach dieser Vorschrift eingeschränkte Ersatzpflicht ist eine im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Rechtsfolge,

-
- 2) BGHZ 61, 346 (348) = NJW 1974, 34 (35) = VersR 1974, 90; OLG Celle VersR 1973, 353; OLG München VersR 1975, 163; Staudinger-Medicus, Rz. 53 zu § 254 BGB.
 - 3) BGHZ 61, 346 (350) = NJW 1974, 34 (35); Klimke, VersR 1973, 881; Himmelreich, NJW 1973, 987 ff.
 - 4) LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 f.; OLG Nürnberg DAR 1964, 109; es handelt sich um zwei verschiedene Ausgangssachverhalte!

die pauschal auf § 242 BGB gestützte Durchbrechung des Ablehnungsrechts (§ 266 BGB) wirkt daneben überflüssig.

III) Die vereinzelt angenommene sog. Förderungspflicht des Schädigers

Als Korrelat zur Schadensminderungspflicht des Gläubigers wird von OLG Karlsruhe eine sog. "Förderungspflicht" des Schädigers angenommen (5), d.h. eine möglichst zügige Schadensabwicklung soll Aufgabe des Schuldners sein. Auch aus dieser Sicht können Gegensätze zu § 266 BGB auftreten. Bei einer längerdauernden Schadensentwicklung entspräche es einem förderlichen Verhalten des Schädigers, bereits sicher feststehende Anspruchsposten zu erfüllen. Die Frage ist dann, ob nicht umgekehrt für den Gläubiger eine entsprechende Annahmepflicht besteht, der er sich durch die Ablehnung der Teilleistung entzieht.

IV) Das Verschuldenserfordernis beim Schuldnerverzug, § 285 BGB

In wohl als ständig zu bezeichnender Rechtsprechung (6) wird das verzugsbegründende Verschulden, § 285 BGB, für die Zeitspanne verneint, in der sich der Schuldner wegen gewichtiger Zweifel in unverschuldeter Unkenntnis hinsichtlich der Berechtigung der

5) OLG Karlsruhe/Freiburg NJW 1973, 851 (852).

6) BGH LM Nr. 1 zu § 11 VVG = Nr. 5 zu § 285 BGB (bis zum erstinstanziellen Urteil); BGH VersR 1964, 749 (750); OLG Celle NJW 1963, 1205 (bis zum Erhalt "objektiver Unterlagen" bei Schmerzensgeldanspruch); für entschuldbaren Rechtsirrtum: BGH LM Nr. 4 zu § 285 BGB; RGZ 104, 105 ff. (110/111); RGZ 156, 113 (120); Esser-Schmidt, § 28 I 1.3.

geltend gemachten Forderung befand (7). "Organisierten" Schadensabwicklern, insbesondere also Versicherungsunternehmen und Behörden, wird generell eine Prüfungsfrist zugebilligt, bis zu deren Ablauf sie weder in Verzug geraten noch Klagveranlassung im Sinne von § 93 ZPO geben (8).

Auch wenn es ausdrücklich noch nicht entschieden wurde, muß konsequenterweise angenommen werden, daß es bei unverschuldeter Unkenntnis oder gewichtigem Zweifel über Anspruchsteile genügt, aber zur Meidung des Verzugs auch erforderlich ist, daß der Schuldner die Erfüllung des ihm erkennbaren Teils anbietet (9). Weist der Gläubiger diese ab, so fehlt es bezüglich der Gesamtforderung schlechthin am verzugsbegründenden Verschulden: Die nicht rechtzeitige Leistung der dem Schuldner nicht bekannten Anspruchsposten erfolgt in unverschuldeter Unkenntnis, die Ablehnung des Angebots über den Rest ist eine freie, vom Schuldner nicht beeinflussbare Entscheidung des Gläubigers, daher ebenfalls nicht nach § 285 BGB zu vertreten.

Jede andere Auffassung führte zu einer Art Vorleistungspflicht des Schuldners auf strittige Forderungen, die durch die großzügige und flexible Anwendung des Verschuldenserfordernisses gerade vermieden werden soll (10). - Daß sich die Zweifel des Schuldners nur auf Teile des gegen ihn geltendgemachten Anspruchs beziehen, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die bestrittenen Teile können von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein. Zudem wird gerade in den Fällen der Schadensabwicklung nach ei-

-
- 7) Hinweis auf die Diskrepanz zu § 266 BGB: Ruhkopf, VersR 1967, 927 (928).
8) Kein Verzug: BGHZ 35, 256 (261); BGH BB 1964, 820 = VersR 1964, 749; OLG München VersR 1973, 164;
Keine Klagveranlassung: LG Mönchengladbach VersR 1973, 648; LG München I VersR 1973, 871 f.; OLG Nürnberg VersR 1976, 1052; OLG München VersR 1979, 480.
9) so auch Dörfelt, S. 65.
10) BGH VersR 1964, 749 (750).

nem Verkehrsunfall häufiger die Anspruchshöhe als der Anspruchsgrund im Streit sein.

Im Rahmen der weiteren Behandlung wird noch häufig darauf einzugehen sein, daß die als unbillig empfundene Rechtsfolge der Ablehnung einer Teilleistung - Schuldnerverzug hinsichtlich der Gesamtforderung - nicht eintritt, wenn der Schuldner den nicht angebotenen Anspruchsteil mit gewichtigen Argumenten bestreitet.

§ 11) Die fehlende Auseinandersetzung mit der Zielsetzung der Gesetzesverfasser

1) Der methodische Fehler

Die einschlägigen Entscheidungen und die ihr folgenden Literaturmeinungen gehen mit keinem Wort auf den erklärten Willen der Mehrheit der an der Gesetzgebung Beteiligten ein, § 266 BGB mit umfassender Anwendbarkeit gerade auch für die Fälle teilweise bestrittener Forderungen auszustatten (1). Unzutreffenderweise wird sogar behauptet, § 266 BGB sei nur im Hinblick auf in vollem Umfang unbestrittene Forderungen erlassen worden (2): Die Ablehnung des Änderungsantrags im Bundesrat, der teilweise bestrittene Geldforderungen aus dem Anwendungsbereich herausnehmen wollte, sowie die Vorlagebegründung zeigen mit Sicherheit (3), daß dem Gesetzgeber das Problem bewußt war.

Die Vorstellungen der Verfasser des Gesetzestexts sowie der Mit-

-
- 1) vgl. Vorlageentwurf, Schubert, S. 788; Protokolle I nach Jakobs-Schubert, S. 172; Protokolle II, Mugdan II, S. 524; Bundesrat-Beratungen nach Jakobs-Schubert, S. 174.
 - 2) Leonhard, VersR 1967, 534 (535).
 - 3) Bundesrat, Jakobs-Schubert, S. 174; Vorlagebegründung, Schubert, S. 778.

glieder beratender Kommissionen sind für die spätere Normanwendung nun nicht bindend (4); die einseitig subjektive Auffassung der Auslegung (5) ist überholt und für ein so "langlebiges" Gesetz wie das BGB auch im Ansatz verfehlt. Insbesondere ist die Korrektur des Gesetzestexts eine anerkannte Aufgabe des Grundsatzes von Treu und Glauben (6). Für § 266 BGB muß dies um so mehr betont werden, als die Einschränkung des Tatbestands für das Gemeine Recht umstritten und im Gesetzgebungsverfahren mehrfach diskutiert wurde (7).

Methodisch nicht zufriedenstellend ist es aber, wenn der erklärte Wille der Mehrheit der an der Gesetzesberatung Beteiligten ohne jegliche Auseinandersetzung in sein Gegenteil verkehrt wird.

II) Die inhaltliche Bedeutung der uneingeschränkten Anordnung des Ablehnungsrechts - die scharfe Trennung prozessualer Gegebenheiten und materieller Rechtspositionen

Die unbeschränkte Fassung des Tatbestands des § 266 BGB geht auf das Bestreben zurück, materielle Rechte, auch das Ablehnungsrecht gegenüber einer angebotenen Teilleistung, vom Einfluß prozessualer Gegebenheiten zu lösen:

Bereits die teilweise Bestrittenheit des Anspruchs erörtert v. Kübel hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt, daß bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, wie sich aus der Bezugnahme auf D. 12, 1, 21 und der Wendung "auf das Ganze belangt" ergibt (8). Im Anschluß daran geht er auf die Auswirkung eines ergangenen

4) Larenz, Methodenlehre, Kap. 4, 2 c.

5) Darstellung bei Larenz, a.a.O.; Engisch, Kap. IV u. V.

6) Medicus, Schuldrecht I, § 16 III 2 c; MüKo-Roth, Rz. 387 ff. zu § 242 BGB.

7) s.o. § 5 V, § 7 mit Nachweisen.

8) Schubert, S. 778.

Teilurteils ein (9). Er betont die ausschließlich verfahrensmäßigen Konsequenzen, nämlich die Verminderung des anhängigen Prozeßstoffs und die Möglichkeit einer schnelleren Zwangsvollstreckung. Auch die Erste Kommission (10) ging von der rein prozessualen Natur des Teilurteils aus.

III) Die Abgrenzung von Prozeßrecht und materiellem Recht als wissenschaftliches Anliegen in der Entstehungszeit des BGB

Der Versuch einer scharfen Grenzziehung zwischen materiellem Privatrecht und prozessualen Gegebenheiten wurde nicht nur im Rahmen der tatbestandlichen Ausgestaltung des § 266 BGB unternommen, sondern stellte ein allgemeines wissenschaftliches Anliegen der damaligen Zeit dar (11):

Für die vorliegende Arbeit aufschlußreich ist insbesondere die in §§ 194, 241 BGB eingegangene Legaldefinition des Anspruchs, bei der das Klagerecht zwar als regelmäßige Eigenschaft, aber nicht mehr als notwendiges Element angesehen wurde (12).

Die im Jahre 1856 von Windscheid begründete, rein materielle Sicht des Anspruchs (13) steht im Widerspruch zu dem gemeinrechtlichen Verständnis, wonach die Klagbarkeit ein Essentiale des Anspruchs war. Die Erklärungsversuche differierten etwas: Das Klagerecht sollte eine besondere Gestalt des Anspruchs für den Fall sein, daß sich der Anspruchsgegner widersetzte (14), ein

9) Schubert, a.a.O.

10) Protokolle I, Jakobs-Schubert, S. 172.

11) Larenz, AT, § 14 I; Staudinger-Dilcher, Rz. 1 ff. zu § 194 BGB.

12) Motive, Bd. I der amtlichen Ausgabe, S. 357; Siber, IherJb 50, 64.

13) Windscheid, Die Actio ...; ders., Pandekten I, § 43; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. VII/VIII, 5;

kritisch: Muther, Zur Lehre von der römischen Actio ...

14) Arndt, § 96 I; v. Savigny, System, Bd. V, S. 2.

Bestandteil des Anspruchs (15) oder gar mit dem Anspruch "vorzugsweise" identisch (16).

Hierfür war die römisch-rechtliche Auffassung der actio grundlegend gewesen, die in den Epochen des legis actiones- und des Formularverfahrens Klagerecht und Anspruch völlig gleichsetzte (17): "Nihil aliud est actio quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeatur" (D. 44, 7, 51).

Die bewußte Abkehr vom gemeinrechtlichen Anspruchsbegriff bedeutete, daß die Klagbarkeit nur noch als "regelmäßige Konsequenz" des Anspruchs (18) und als "Mittel zum Zweck" (19) betrachtet wurde. Bei dieser Auffassung des Prozesses als Hilfsmittel des Gläubigers gegen einen widerstrebenden Schuldner war es konsequenterweise nicht mehr zuzulassen, für eine bestimmte prozessuale Situation ein dem Gläubiger zustehendes materielles Recht zugunsten des Schuldners einzuschränken: Das Hilfsmittel Prozeß hätte dann ja eine eigenständige Bedeutung mit umgekehrter Stoßrichtung erlangt. - Überhaupt nicht in Erwägung gezogen wurde, daß etwa die Bestrittenheit auch eine eigenständige materielle Bedeutung haben könnte.

Heute wird die Unabhängigkeit der Rechtsmassen materielles Privatrecht und Zivilprozeßrecht vor allem für den umgekehrten Fall betont, in dem es gilt, unerwünscht erscheinenden zivilistischen Einflüssen auf das Prozeßrecht zu begegnen (20). Im übrigen

15) v. Wächter, Pandekten I § 98; Puchta, Institutionen, § 29.

16) Brinz, § 89/§ 90.

17) Windscheid, Pandekten, § 44; Arndt, § 96, Fn. 4, 4a; Hausmaninger/Selb, S. 246, 490.

18) vgl. Vorlagebegründung, Schubert I, S. 438; Motive, amtliche Ausgabe, Bd. I, S. 357; Simshäuser, S. 8.

19) Vorlagebegründung, Schubert I, S. 439.

20) Jauernig, Das fehlerhafte Zivilurteil, S. 1; Rosenberg-Schwab, S. 5; Simshäuser, S. 149 ff.

bleibt es bei dem Hinweis, der Prozeß sei das Mittel zur Durchsetzung und Erkenntnis des materiellen Rechts (21).

IV) Folgerungen für die weitere Untersuchung

1) Abgrenzung der verfahrensrechtlichen Argumente bei den anerkannten Einschränkungen

Die historisch erstrebte Befreiung des § 266 BGB von verfahrensrechtlichen Einflüssen gibt zum einen Anlaß, die allgemein angenommenen Ausnahmen und die häufig vertretenen beschränkenden Argumente aufzugliedern in solche, die dem materiellen Recht angehören, und solche prozessualer Natur. Zu den letzteren gehören der angeblich ungerecht vergrößerte Streitwert mit seinen Auswirkungen auf Gerichtskosten und Instanzenzug, die Situation nach Erlaß eines Teilurteils, die vielfach angenommene Vorwirkung des antragslosen Teilanerkennnisurteils sowie der Ausschluß des § 266 BGB in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs.

2) Untersuchung der materiellen Bedeutung verfahrensrechtlicher Situationen

Andererseits muß auch für verfahrensrechtliche Gegebenheiten abgeklärt werden, ob und inwieweit ihnen nicht materielle Bedeutung zukommt, etwa als sog. Doppeltatbestand: "... es ist ganz allgemein möglich und zulässig, daß prozessuale Erklärungen zugleich den Tatbestand bürgerlich-rechtlicher Normen erfüllen und so bürgerlich-rechtlich bindende Wirkungen erzeugen." (22) Bei der An-

21) Simshäuser, S. 151; Stein-Jonas-Pohle, Einl. CI und CIII vor § 1; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 1; Larenz, AT, § 1, 1.
22) Rosenberg-Schwab, S. 360.

nahme anderer materieller Auswirkungen wird grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen sein: Verfahrensrechtliche Tatbestandselemente wie die Nichtbeweisbarkeit eines bestehenden Anspruchs, unwirtschaftlich hohe Prozeßkosten, die Konkursreife des Schuldners haben nur rechtstatsächliche Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs, nicht auf seine rechtliche Existenz.

§ 12) Die undifferenzierte Stellungnahme zu den gesetzlichen Ausnahmeregelungen zu § 266 BGB

I) Einführung

Nicht nur die Unterscheidung nach privatrechtlichen und prozessualen Einschränkungen wird vernachlässigt - häufig werden eine Reihe von Normen unter der Bezeichnung "Ausnahmen" ungegliedert und undifferenziert nebeneinandergestellt (1), die nur gemein haben, daß der Gläubiger durch die Nichtannahme der angebotenen Teilleistung irgendwelche Nachteile auf sich lädt. Nicht alle der als Durchbrechung bezeichneten Regelungen beinhalten aber eine vom Gläubiger nicht konsentierende Annahmepflicht mit der Rechtsfolge des Annahmeverzugs.

Es ist sicher zutreffend (2), daß der Gläubiger eine Teilerfüllung um so eher hinnehmen wird, je zahlreicher die mit der Ablehnung verknüpften Nachteile sind. Dennoch kann nur dann eine "Ausnahme" von § 266 BGB anerkannt werden, wenn es auch wider den Willen des Gläubigers zu einer Teilerfüllung, gegebenenfalls durch Hinterlegung, kommen kann, andere Beschwerenisse sind unerheblich.

1) Kreß, S. 380/381, insbes. Fn. 11; Planck, S. 143, Anm. 5; Emmerich, Grundlagen, § 8 I; Achilles-Greifff, Anm. 3 zu § 266; MüKo-Keller, Rz. 13 zu § 266; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 4 zu § 266; Erman-Sirp, Rz. 5 zu § 266.

2) s.o. Einleitung.

II) Echte Durchbrechungen

Echte Ausnahmen sind danach:

1) Die Aufrechnung mit einer niedrigeren Forderung (3)

Die Teilerfüllungswirkung durch Aufrechnung tritt auch gegen den Willen des Gläubigers ein, arg. "soweit", § 389 BGB. - § 266 BGB zwingt den Schuldner hier nur, seine niedrigere Forderung ganz zur Aufrechnung zu verwenden.

Diese Regelung ist im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Ausgestaltung der Aufrechnung als Erfüllungsvereinfachung die einzig sachgerechte: Soll beiden Beteiligten gleichberechtigt die Möglichkeit der Aufrechnung gegeben sein, wäre es unsinnig, sie nur in dem seltenen Fall gleichhoher Forderungen zuzulassen. Sollte nur der Gläubiger der höheren Forderung aufrechnen können, wäre dies eine einseitige Bevorzugung: Da die Höhe der sich aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen häufig vom Zufall abhängt, ist es nicht einzusehen, daß nur die eine Seite vom Risiko der Insolvenz des Partners befreit sein soll (4).

2) Art. 39 Abs. 2 WechselG, Art. 34 Abs. 2 ScheckG, § 550 b Abs. 1 S. 3 BGB

Diese Bestimmungen schließen schon ihrem Wortlaut nach ein Zurückweisungsrecht des Gläubigers aus.

-
- 3) s.o. § 4 I 1; der Sonderfall der Prozeßaufrechnung bei einer Teilklage ist erst u., § 13 II 2, zu behandeln.
4) so Gernhuber, § 8, 5.

3) Die Einrede des Notbedarfs

Hält man das Ablehnungsrecht des Gläubigers gegenüber dem Angebot von Teilleistungen für den Kerngehalt des § 266 BGB, stellt auch die Notbedarfseinrede des Schenkers gegen den Anspruch auf Vollzug der Schenkung (§ 519 BGB) eine echte Ausnahme dar. Sie geht in freilich stark beschnittener Ausprägung als einzige Regelung des BGB auf das gemeinrechtliche beneficium competentiae zurück (5). Die Einrede ist begründet, wenn und soweit durch den Vollzug der Schenkung der angemessene Lebensunterhalt des Schenkers selbst sowie die Erfüllung seiner Unterhaltungspflichten nicht mehr gewährleistet sind (6).

Die einseitig vom Schuldner erhobene Einrede führt in den Fällen zu einer Annahmepflicht gegenüber Teilleistungen, in denen dem Schenker nach den genannten Kriterien zunächst nur eine Teilerfüllung abverlangt werden kann. Der Anspruch des Beschenkten beschränkt sich dann auf die Teilerfüllung, ohne jedoch hinsichtlich des ausstehenden Rests unterzugehen (7). Entfällt später die Bedürftigkeit, muß aufgrund des ursprünglichen Anspruchs der Rest erbracht werden (8) - ein Fall zulässiger etappenweiser Erfüllung auch wider den Willen des Gläubigers.

Prozessuale Probleme ergeben sich bei dieser Fallgestaltung nicht: Der Beschenkte obsiegt teilweise, der Restantrag wird als zur Zeit unbegründet abgewiesen (9).

5) s.o. § 5 VI 1.

6) Palandt-Putzo, Anm. 1 a zu § 519 BGB; Staudinger-Reuss, Rz. 1 zu § 519 BGB.

7) vgl. Larenz, Schuldrecht II, § 47 II c 1.

8) MüKo-Kollhosser, Rz. 4 zu § 519 BGB; Staudinger-Reuss, Rz. 6 zu § 519 BGB.

9) MüKo-Kollhosser, Rz. 4 zu § 519 BGB; Staudinger-Reuss, Rz. 6 zu § 519 BGB; Palandt-Putzo, Anm. 1 e zu § 519 BGB.

Erhebt der bedürftige Schenker die Einrede dagegen nicht, - er ist dazu nicht verpflichtet -, kann der Beschenkte Teilangebote unter Berufung auf § 266 BGB zurückweisen.

4) Nur teilweise gesicherte Ansprüche

Hier ist zu unterscheiden:

a) Eigentümer und persönlicher Schuldner sind nicht identisch

Aus §§ 1142 i.V.m. 1144, 1223 Abs. 2, 1224 BGB ergibt sich, daß durch Zahlung oder sonstige Leistung die Abwendung der dinglichen Haftung erreicht werden kann, die ungesicherte Restforderung ist für den Eigentümer dabei ohne Belang. Ebenso zu behandeln sind die Ablösungsrechte Dritter, §§ 268, 1150, 1249 BGB. - Streng betrachtet liegt in beiden Fällen keine echte Durchbrechung des § 266 BGB vor: Die Leistung durch den Eigentümer bzw. sonstigen Ablöseberechtigten bewirkt ja kein Erlöschen des gesicherten Anspruchs, arg. §§ 268 Abs. 3 S. 1, 1143 Abs. 1 S. 1, 1225 BGB.

b) Eigentümer und persönlicher Schuldner sind identisch

Schwieriger ist die Fallkonstellation, in der die für einen Teil des Anspruchs haftende Pfandsache dem persönlichen Schuldner gehört, die Leistung also auch auf die obligatorische Schuld erfolgt:

Die Auslegung mag im Einzelfall wegen des erheblichen Unterschieds in der wirtschaftlichen Bewertung eine Aufspaltung in zwei Ansprüche, den gesicherten und den ungesicherten, ergeben (10).

10) s.o. § 1 II 2 b aa.

Auch sonst muß von der Zulässigkeit der isolierten Erfüllung des abgesicherten Forderungsteils ausgegangen werden; zwei wohl gleichwertige Begründungen lassen sich anführen: Das Gesetz mißt den Interessen des Eigentümers einen hohen Rang zu und will ihm die Pfandsache möglichst erhalten, vgl. nur die Vorschriften in §§ 1234 ff. BGB, 30 a ZVG. Auch der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, wird hierdurch geschützt. Das allgemeine Ablehnungsrecht des Gläubigers, § 266 BGB, wird durch die spezielleren Rechtsnormen über die Freistellung von Pfandsachen verdrängt.

Man kann auch betonen, daß es gegenüber der vereinbarten Teilsicherung eine ungewollte Bevorzugung des Gläubigers bedeutet, wenn er - über das Zurückweisungsrecht des § 266 BGB - mittelbar doch eine Absicherung der Gesamtforderung erreichen könnte, indem er die Lösungsunterlagen bzw. die Pfandsache selbst bis zur vollen Tilgung zurückhält (11). Der Wille der Parteien geht bei einer derartigen Abrede daher dahin, daß der Schuldner isoliert den abgesicherten Forderungsteil erfüllen kann. Der Gläubiger könnte sich dagegen schützen, indem er zusätzlich verabredet, zuerst sei der nicht abgesicherte Anspruchsteil zu erfüllen.

c) Obligatorische Teilabsicherungen

Bei einer Teilbürgschaft oder einem partiellen Schuldbeitritt bemißt sich der Umfang der Schuld nach den im jeweiligen Schuldverhältnis getroffenen Vereinbarungen. Anlaß zu einer Oberlagerung von § 266 BGB besteht nicht.

11) so für eine andere Fallgestaltung auch BGH NJW 1973, 1689 (1690); a.A. Gernhuber, § 8, 8.

III) Aus verfahrensrechtlichen Normen abgeleitete Einschränkungen des § 266 BGB

1) Teilerfüllung in der Zwangsvollstreckung: § 757 ZPO - § 141 GVGA - § 813 a ZPO - unzureichendes Ergebnis einer Zwangsmaßnahme

a) Freiwillige Teilleistungen des Schuldners an den Gerichtsvollzieher nach Stellung des Vollstreckungsantrags

aa) Vorbemerkung: keine Teilleistung im eigentlichen Sinne, soweit nur zur Abwendung der Vollstreckung geleistet wird

Wie bereits ausgeführt (12), liegt bei der Leistung auf ein nur vorläufig vollstreckbares Urteil unter dem Druck drohender Zwangsmaßnahmen regelmäßig keine Erfüllung im Sinne von §§ 362 ff. BGB vor, vielmehr bleibt die Tilgung in der Schwebe; § 266 BGB kann daher keine direkte Anwendung finden. - Diese anerkannte Differenzierung wird im Rahmen der Erörterungen zu § 266 BGB zumindest nicht ausdrücklich gemacht.

In Frage steht im folgenden also die direkte Anwendung der Norm bei einer freiwilligen Leistung auf rechtskräftige Urteile und Titel im Sinne von § 794 ZPO sowie in den Fällen, in denen der Schuldner ausdrücklich erklärt, er wolle endgültig erfüllen. Außerdem kommt eine entsprechende Heranziehung des § 266 BGB in Betracht: Mit Rechtskraft erstarkt die vorläufige Befriedigung ja eo ipso zur vollen Erfüllung. Zum Schutze des Gläubigers muß das Ablehnungsrecht also gegebenenfalls auch gegenüber der vorbehaltlichen Leistung anerkannt werden, die nur zur Abwendung von Zwangsmaßnahmen erbracht wurde.

12) s.o. § 1 II 2 a bb.

bb) § 757 ZPO - die falsche Ausgangsnorm

Unter Berufung auf § 757 ZPO wird häufig behauptet, § 266 BGB finde in der Zwangsvollstreckung keine Anwendung (13).

Diese weitreichende Bedeutung kommt § 757 ZPO nicht zu:

Eine direkte Anwendung erfolgt nur in den Vollstreckungsarten, die der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan durchführt. Eine analoge Anwendung auf andere Vollstreckungsfälle scheitert schon daran, daß die übrigen Organe Leistungen des Schuldners nicht selbst entgegennehmen (14).

Inhaltlich regelt § 757 ZPO nicht eine Annahmepflicht des Gläubigers, sondern die Form der Beurkundung bereits akzeptierter Teilleistungen durch den Gerichtsvollzieher. Der Vermerk auf dem Titel erfolgt nicht nur bei freiwillig erbrachten Teilleistungen, sondern auch bei aufgrund von Zwangsmaßnahmen erreichter Teilbefriedigung. Der Vermerk beschränkt den vollstreckungsfähigen Inhalt des Titels (15).

cc) § 755 S. 2, 754 ZPO als richtige Ausgangsnormen

Allenfalls aus §§ 755 S. 2, 754 ZPO könnte sich ergeben, daß der Gerichtsvollzieher nach Stellung des Vollstreckungsantrags Teilleistungen des Schuldners annehmen muß, der Gläubiger dies auch nicht unterbinden kann. Daß § 754 - anders als § 757 ZPO - nur freiwillige Leistungen regelt, ergibt sich aus der Gegenüberstellung "Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in § 754 be-

-
- 13) Palandt-Heinrichs, Anm. 4 c zu § 266 BGB; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 4 zu § 266 BGB; MüKo-Keller, Rz. 13 zu § 266 BGB;
differenzierter: Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB; Medicus, Schuldrecht I, § 17 I; s.o. § 4 I 2 mit Fn. 5 und 6.
- 14) Schönke-Baur, § 1 II 1 b; vgl. a. Saum, JZ 1981, 696.
- 15) Stein-Jonás-Münzberg, Anm. I 1 zu § 757 ZPO; Jauernig, Zwangsvollstreckung, § 4 VI 2; Thomas-Putzo, Anm. 1 a, 3 zu § 757 ZPO.

zeichneten Handlungen" in § 755 S. 1 ZPO. Das Kriterium der Freiwilligkeit ist demgemäß nicht etwa psychologisch zu verstehen, sondern scheidet nur den Ertrag vorgenommener Zwangsmaßnahmen aus (16).

Ein gesetzlicher - allerdings nicht zwingender - Anhaltspunkt für die Zulässigkeit von Teilleistungen ist die Verwendung der Pluralformen "Zahlungen und sonstige Leistungen", § 754 ZPO. § 106 Zr. 1 GVGA interpretiert das Gesetz als Pflicht des Gerichtsvollziehers zur Annahme von Teilleistungen (17). Dieser Auslegung ist zu folgen (18): Mit der Stellung des Vollstreckungsantrags ist der Gerichtsvollzieher als staatliches Organ gehalten, Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung des titulierten Anspruchs zu treffen. Dieses öffentlich-rechtliche Verständnis der Zwangsvollstreckung ist heute nicht mehr im Streit (19), insbesondere wird die gesetzliche Terminologie ("Vollstreckungsauftrag", §§ 753, 754 ZPO) als mißverständlich angesehen (20). Hoheitliche Zwangsmaßnahmen unterliegen dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (21) und sind daher nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung ihres Ziels geeignet, erforderlich und im Verhältnis dazu angemessen sind.

Daß die Grundrechte und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei jeder Form staatlichen Handelns zu beachten sind, nicht nur bei

-
- 16) ausführlich dazu: Messer, Die freiwillige Leistung ...; Fahland, ZZP 92, 432 ff.
 - 17) § 106 Zr. 1 GVGA: "Der Gerichtsvollzieher ist verpflichtet, die ihm angebotene Leistung oder Teilleistung anzunehmen ..."; so auch: Zöllner-Scherübl, Anm. 3 zu § 754; Thomas-Putzo, Anm. 2 a zu § 754.
 - 18) offengelassen in LG Dortmund, JMB1. NRW 23, 76 ff. (77).
 - 19) vgl. Schönke-Baur, § 1 II 4; RGZ 128, 81 (85).
 - 20) Messer, S. 40-45; Schönke-Baur, § 4 I 1 d; Stein-Jonas-Münzberg, Anm. I zu § 753 ZPO; Fahland, ZZP 92, 432; RGZ 156, 395 (398).
 - 21) Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip: BVerfGE 38, 348 (368); aus Rechtsstaatsprinzip und Grundrechten: BVerfGE 19, 342 (348); grundlegend: Lerche, Obermaß; zu den terminologischen Abweichungen vgl. Grabitz, AöR 98 (1973), 568 ff. (570).

Maßnahmen der Eingriffsverwaltung im herkömmlichen Sinn, folgt bereits aus Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG. Die Grundrechte des Grundgesetzes sind nicht nur Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe; sie stellen vielmehr eine Wertordnung auf, die die Auslegung aller Gesetze, auch des Verfahrensrechts prägt. "Diese Garantiefunktion" - des Art. 14 GG - "beeinflußt nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Vermögensrechts, sondern wirkt auf das zugehörige Verfahrensrecht ein" (22). - Selbst Gaul (23), der alle Versuche, die Zwangsvollstreckung als "Verwaltung im materiellen Sinne" zu erklären, entschieden ablehnt, gibt die umfassende Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu.

In der Verfassungsrechtsprechung wird die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch für den Bereich der Zwangsvollstreckung bejaht: die Anordnung der Erzwingungshaft, um die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zu erreichen, sei ungeeignet, wenn die Leistungsunfähigkeit des Schuldners feststehe, und verstoße dann gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (24); es sei unverhältnismäßig, die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück wegen einer "dubiosen Bagatellforderung" zu betreiben (25); ebenso sei es unverhältnismäßig, eine Zwangsräumung herbeizuführen, obwohl der Mieter deswegen in Selbstmordgefahr schwebe (26).

Soweit angeführt wird, der Staat verfolge weder im Erkenntnisverfahren noch in der Zwangsvollstreckung öffentliche Interessen, sondern handle in einer "neutralen Mittlerrolle" zwischen Gläubiger und Schuldner (27), so daß eine Abwägung zwischen dem

22) BvfGE 46, 325 (334) zu §§ 73, 87 ZVG; ähnlich BvfGE 49, 220 (225) zu § 30 a ZVG; BvfGE 52, 214 (219) zu § 765 a ZPO.

23) Der deutsche Rechtspfleger, 1971, 41 ff. (49); JZ 1974, 279 ff. (284); für Gaul: Lücke, DÖV 1974, 769 ff. (770); Blomeyer, § 1 II.

24) BvFG NJW 1983, 559 I. Sp.

25) Richter Dr. Böhmer BvfGE 49, 229 in einer abweichenden Meinung zu BvfGE 49, 220.

26) BvfGE 52, 214 ff. (219/220).

27) Gaul, JZ 1974, 279 (294); Lücke, DÖV 1974, 769.

verfolgten öffentlichen Zweck und den dazu eingesetzten Mitteln unmöglich sei und eine Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausscheide, so ist diese Auffassung im Ansatz und in der Folgerung abzulehnen: Zwar ist es richtig, daß der Zivilprozeß und die sich gegebenenfalls anschließende Zwangsvollstreckung der Erkenntnis und Durchsetzung von privaten Rechten dienen (28). Doch stellt der Staat dafür nur deshalb staatliche Organe mit Zwangsbefugnissen zur Verfügung, weil ein beträchtliches öffentliches Interesse daran besteht, daß private Rechte nicht im Wege der Selbsthilfe verwirklicht werden. Der Staat beansprucht das "Justizmonopol" und das "Zwangsmonopol" (29) und beschränkt die erlaubte Selbsthilfe auf den engen Bereich der §§ 229 ff., 859, 962 BGB, um so eine öffentliche Aufgabe, die Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens, zu erfüllen. - Ob man die beiden Funktionen der Zwangsvollstreckung (Durchsetzung und Erfüllung des privaten Anspruchs, Schaffung von Rechtsfrieden) scharf voneinander trennt oder die eine Funktion als Kehrseite der anderen ansieht, ist ohne Belang: jede einzelne Maßnahme der Zwangsvollstreckung dient auch dem öffentlichen Interesse (30).

Auch ohne Berücksichtigung dieses staatlichen Interesses vermag es nicht einzuleuchten, daß staatliche Eingriffsmaßnahmen am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszurichten sind, solange ein originär öffentliches Interesse verfolgt wird, daß dies aber nicht mehr gelten soll, wenn der staatliche Zwang der Verwirklichung privater Ansprüche dient. Wird ein privates Kraftfahrzeug beschlagnahmt, weil es im Katastropheneinsatz benötigt wird, Art. 5 Abs. 1 S. 2 bayKSG, hat die handelnde Behörde zweifelsohne zu prüfen, ob die Notsituation die Wegnahme erfordert und ob der

28) so auch ausdrücklich Richter Böhmer, BVfGE 49, 231.

29) ders., S. 233.

30) Baumann/Brehm, Teil I, § 1; BVfG NJW 1983, 559.

Betroffene nicht übermäßig, etwa in seiner Berufsausübung, belastet wird. - Wird das gleiche Kraftfahrzeug gepfändet, § 803 Abs. 1 S. 1 ZPO, hat der Gerichtsvollzieher - schon nach den positiven Regelungen der ZPO - zu untersuchen, ob nicht eine Pfändung eines weniger wertvollen Gegenstands möglich und ausreichend sei (§ 803 Abs. 1 S. 2 ZPO) und ob die Verwertung Erfolg verspreche (§ 803 Abs. 2 ZPO), mit anderen Worten also, ob die Pfändung zur Verwirklichung des privaten Anspruchs erforderlich und geeignet sei. Die genannten ausdrücklichen Regelungen der ZPO zeigen ebenso wie §§ 812, 813 a ZPO, daß dem Zwangsvollstreckungsrecht der Gedanke der Verhältnismäßigkeit, gemessen an dem privaten Vollstreckungsinteresse des Gläubigers, nicht fremd ist.

Wenn nun umgekehrt angeführt wird, §§ 704 ff. ZPO stellten einen "ausnormierten" Bereich mit hinreichendem Instrumentarium für Gläubiger und Schuldner dar, so daß nicht mehr auf den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rekurriert werden dürfe (31), ist dies sicher für die positiv-gesetzlich geregelten Konflikte zutreffend: Der Gerichtsvollzieher hat z.B. den Titel nicht auf seine materielle Richtigkeit hin zu überprüfen, das vollstreckungsrechtliche Förmlichkeitsprinzip geht vor. Ist jedoch eine Einzelfrage nicht oder nicht eindeutig geregelt, wie z.B. die hier wichtige Frage, ob der Gerichtsvollzieher freiwillige Teilleistungen des Schuldners gegen den Willen des Gläubigers annehmen muß, können durchaus Lösungen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entwickelt werden. Das Bundesverfassungsgericht (32) hat bereits mehrfach Normen des Zwangsvollstreckungsrechts in dieser Weise "verfassungskonform" interpretiert.

31) Gaul, JZ 1974, 279 ff. (284).

32) BVfGE 49, 220; BVfGE 51, 97; BVfGE 52, 214; BVfGE NJW 1983, 559; Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von Deubner, NJW 1983, 1026 ff. (1028), daß auch die zivilprozessualen Präklusionsvorschriften dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen.

Soweit der Gerichtsvollzieher also freiwillige Leistungen des Vollstreckungsschuldners erlangen kann, muß er sie schon deshalb annehmen, um die weiteren Maßnahmen so wenig einschneidend wie möglich - also nicht übermäßig - zu gestalten. Weder das private Interesse des Gläubigers an der Erfüllung seiner Forderung noch das öffentliche Interesse an einer sicheren, gleichzeitig justizförmigen Vollstreckung machen in dieser Situation einen zwangsweisen Eingriff in das Eigentum des Schuldners erforderlich. Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner sogar zu freiwilligen Leistungen aufzufordern, § 105 Zr. 2 S. 1 GVGA.

Aus diesem Grund ist eine Weisung des Gläubigers, freiwillige Leistungen nur bei voller Deckung des titulierten Anspruchs zu akzeptieren, wirkungslos. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf nicht durch die grundsätzlich anzuerkennende Weisungsbefugnis des Vollstreckungsgläubigers ausgehöhlt werden (33).

dd) Keine Annahmepflicht des Gläubigers selbst

Auch nach Stellung des Vollstreckungsantrags ist der Gläubiger nicht gehalten, freiwillige Teilleistungen des Schuldners selbst entgegenzunehmen. In §§ 754, 755 S. 2 ZPO wird schon dem Wortlaut nach das Verhältnis von Gläubiger und Schuldner nicht geregelt. Der Vollstreckungsgläubiger selbst ist kein staatliches Organ, trifft keine Zwangsmaßnahmen und unterliegt daher nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Schuldner ist durch die Möglichkeit einer Leistung an den Gerichtsvollzieher ausreichend geschützt. Auch § 813 a ZPO kann keine Vorwirkung im Sinne einer Annahmepflicht des Gläubigers selbst entfalten (34), die Anordnung des Verwertungsaufschubs ist nämlich an strenge formelle und materielle Voraussetzungen geknüpft.

33) Thomas-Putzo, Anm. 3 d zu § 753 ZPO; Schönke-Baur, § 1 II 4.

34) a.A. Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB; modifiziert Gernhuber, § 8, 5 Fn. 16.

ee) §§ 754, 755 ZPO als Durchbrechungen des § 266 BGB?

Ob man die Annahmepflicht und -befugnis des Gerichtsvollziehers als echte Durchbrechung des § 266 BGB ansieht, hängt von der "heillos umstrittenen" (35) Frage ab, ob man den Gerichtsvollzieher bei der Entgegennahme freiwilliger Leistungen des Schuldners als privatrechtlichen Vertreter des Gläubigers oder als staatliches Organ ansieht.

Die rein privatrechtliche Sicht (36) kommt zu dem Ergebnis, daß mit der Entgegennahme des freiwilligen Angebots seitens des Gerichtsvollziehers auch die materielle Erfüllungswirkung eintritt. Bei freiwilligen Teilleistungen ist § 266 BGB danach durchbrochen, denn der Gerichtsvollzieher handelt als Vertreter und Besitzdiener, zumindest Besitzmittler, des Gläubigers.

Anders die verschiedenen gemischten und öffentlich-rechtlichen Auffassungen, die mit abweichenden konstruktiven Vorschlägen Eigentumserwerb des Gläubigers und Erfüllungswirkung erst mit Aus-händigung der freiwilligen Leistung an den Gläubiger annehmen (37). Da sich der Vollstreckungsantrag bei einer freiwilligen Teilleistung noch nicht erledigt hat, ist der Gerichtsvollzieher zur Durchführung von Zwangsmaßnahmen über die Restforderung verpflichtet. Praktisch wird es sehr oft in unmittelbarem Anschluß an die Entgegennahme der Teilleistung zur Vollstreckung kommen. Es ist kein Grund ersichtlich, der es dem Gläubiger verbietet, den Gerichtsvollzieher anzuweisen, die freiwillige Teilleistung erst zusammen mit dem Erlös der Zwangsmaßnahmen an ihn abzuliefern. § 106 Zr. 6 GVGA läßt diese Möglichkeit zu: "Die

35) Schönke-Baur, § 4 I 1.

36) so für Geldforderungen: Stein-Jonas-Münzberg, Anm. V zu § 815 ZPO; Anm. II 2 zu § 754 ZPO.

37) Schönke-Baur, § 4 I 1; Fahland, ZZP 92, S. 446/447; Messer, S. 125 ff.

empfangene Leistung liefert der Gerichtsvollzieher unverzüglich an den Gläubiger ab, sofern dieser nichts anderes bestimmt hat." Gesetzlich ist die Ablieferung einer freiwilligen Leistung überhaupt nicht geregelt: § 815 Abs. 1 ZPO gilt nur für gepfändetes Geld und analog für den Verwertungserlös. Für die öffentlich-rechtlich orientierten Auffassungen stellt sich wegen der anzuerkennenden Weisungsbefugnis des Gläubigers die Frage einer echten Durchbrechung des § 266 BGB bei freiwilligen Teilleistungen des Schuldners daher nicht; erst wenn eine anschließende Vollstreckungsmaßnahme keinen oder nicht ausreichenden Erfolg hat, wird die Frage von neuem wichtig (38).

Eine ausführliche Erörterung des Meinungsstreits geht wegen der vielen damit verbundenen Einzelfragen über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus:

Für die Frage des Eintritts der Erfüllungswirkung ist die öffentlich-rechtliche Auffassung vorzuziehen; ein gewisses Indiz findet sich in § 757 Abs. 2 ZPO, der dem Vollstreckungsschuldner das Recht auf eine Quittung vom Gläubiger selbst beläßt, soweit sich dies aus anderen Rechtsgründen ergibt. In Frage kommt hauptsächlich der Anspruch nach § 368 BGB. Aus dem Wörtchen "nachträglich" in § 757 Abs. 2 ZPO ergibt sich, daß die Annahme einer erst nach der Entgegennahme eintretenden Erfüllungswirkung mit dem Gesetz vereinbar ist. Oberdies: wäre bereits die Hingabe an den Gerichtsvollzieher eine Erfüllung im Sinne von §§ 362 ff. BGB, müßte ja sofort eine Quittung gemäß § 368 BGB gefordert werden können, so daß § 757 Abs. 2 ZPO leerliefe.

Weiter ist nicht einzusehen, daß der Gerichtsvollzieher einerseits als rein privatrechtlicher Vertreter und Besitzdiener die Leistung entgegennehmen soll, andererseits aber kraft seiner

38) Messer sieht auch die freiwillige Leistung in der Zwangsvollstreckung als Ergebnis einer Zwangsmaßnahme an, S. 125 ff.

Amtsstellung nach § 757 Abs. 1 ZPO eben diese Annahme auf dem Titel vermerken und so dessen vollstreckungsfähigen Inhalt beschränken können soll. Zum Vergleich: Eine freiwillige Teilleistung des Schuldners an den Gläubiger selbst oder einen anderen Bevollmächtigten führt nur dann zum Ruhen der Vollstreckung, wenn sie in Urkundsform nachgewiesen wird, §§ 776 S. 2, 775 Zr. 4 u. 5 ZPO. Die endgültige Teileinstellung könnte der Schuldner nur mit Zustimmung des Gläubigers oder über eine Vollstreckungsgegenklage erreichen, § 767 ZPO. Die vollstreckungsbeschränkende Wirkung des Vermerks nach § 757 Abs. 1 ZPO läßt sich mit einer privatrechtlichen Lösung nicht vereinen.

Die privatrechtliche Auffassung wurde nicht an § 266 BGB entwickelt. Es wirkt zumindest als eine sehr extensive Auslegung der §§ 754, 755 ZPO, wenn eine Besitzdiener- oder Besitzmittlerstellung des Gerichtsvollziehers für den Fall angenommen wird, daß sich der Gläubiger der Teilleistung widersetzt. §§ 754, 755 ZPO regeln direkt ja nur die In-Empfang-Nahme der Leistung durch den Gerichtsvollzieher (39).

Für die Anwendbarkeit des § 266 BGB gilt daher: Nach der Stellung des Vollstreckungsantrags muß zwar der Gerichtsvollzieher auch Teilangebote des Schuldners annehmen, die entsprechende Teilerfüllungswirkung tritt aber nur bei Ablieferung an den Gläubiger ein. Sie kann von diesem auf den Zeitpunkt nach der Durchführung von Zwangsmaßnahmen verschoben werden, dies durch zulässige Anweisung an den Gerichtsvollzieher. - Der Schuldner ist durch einen Gefahrübergang analog § 815 Abs. 3 ZPO ausreichend geschützt (40). Zinsen hat der Schuldner freilich auch hinsichtlich des bereits beim Gerichtsvollzieher befindlichen Betrags weiterzuent-

39) Besitzlage nach einer Pfändung: Palandt-Bassenge, Anm. 2 c
bb zu § 868 BGB.

40) Messer, S. 111; Fahland, ZZP 92, 452; Schönke-Baur, § 4 I 1.

richten, bis es zur Auskehr an den Gläubiger kommt. Mit seiner Teilzahlung an den Gerichtsvollzieher erreicht er eben nur das Unterbleiben hoheitlicher Zwangsmaßnahmen, nicht aber die den Zinslauf beendende Erfüllung.

Durch die Zurücknahme des Vollstreckungsantrags, die bis zur Beendigung im Belieben des Gläubigers steht (41), kann dieser die Rückübermittlung der freiwilligen Teilleistung an den Schuldner erreichen. Er verzichtet damit jedoch auf die weitere Vollstreckung und hat die Kosten zu tragen, §§ 788 Abs. 1, 91 Abs. 1 ZPO, denn diese waren nicht notwendig.

Im Übrigen ist die Anwendbarkeit des § 266 BGB erst dann wieder von Bedeutung, wenn die freiwillige Teilleistung zusammen mit dem Erlös der durchgeführten Zwangsmaßnahmen nicht ausreicht, die titulierte Forderung zu befriedigen.

b) Verwertungsaufschub durch den Gerichtsvollzieher,
§ 141 Zr. 2 S. 3-7 GVGA

Mit Zustimmung des Vollstreckungsgläubigers kann der Gerichtsvollzieher die Verwertung einer Pfandsache bis zu sechs Monaten aussetzen und Ratenleistungen des Schuldners anordnen, § 141 Zr. 2 GVGA. Eine konkludente Zustimmung des Gläubigers muß er sich alsbald bestätigen lassen (42).

Eine Durchbrechung des § 266 BGB kann darin aus zwei Gründen nicht gesehen werden: Vom Rang her - es handelt sich bei der Ge-

41) Thomas-Putzo, Anm. VI 2, VII 1 vor § 704 ZPO.

42) § 141 Zr. 2 S. 4-6 GVGA: "Die Zustimmung des Gläubigers kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Von einer stillschweigenden Zustimmung des Gläubigers kann der Gerichtsvollzieher ausgehen, wenn ... Er holt jedoch in diesem Fall unverzüglich die ausdrückliche Zustimmung des Gläubigers zur Aussetzung ein."
vgl. zu dieser Fallgestaltung LG Dortmund JMB1. NRW 23, 76 ff.

schäftsanweisung für Gerichtsvollzieher um Verwaltungsinnenrecht - ist die Regelung nicht geeignet, ein formelles Gesetz zu modifizieren. Inhaltlich entspricht sie der gesetzlichen Regelung, denn die Zustimmung des Gläubigers wird vorausgesetzt (43).

c) Verwertungsaufschub durch das Vollstreckungsgericht,
§ 813 a ZPO

Auf fristgebundenen Antrag des Schuldners kann unter gewissen Voraussetzungen das Vollstreckungsgericht, nach § 20 Nr. 17 RpfLG der Rechtspfleger, die Verwertung einer gepfändeten Sache aussetzen und dem Schuldner eine Leistungsfrist setzen oder Teilleistungen anordnen (44). Der Gläubiger soll vor der Anordnung gehört werden, § 813 a V ZPO; seine überwiegenden Belange sind zu beachten, insbesondere darf er nicht akut bedürftig sein. Sein Wunsch, durch Verwertung sofortige Erfüllung der Gesamtforderung zu erreichen, ist in diesem Rahmen nicht ausschlaggebend.

Dennoch stellt § 813 a ZPO nur dann eine Ausnahme zu § 266 BGB dar, wenn entweder Teilzahlungen an den Vollstreckungsgläubiger selbst wider dessen Willen angeordnet werden könnten oder der Gerichtsvollzieher die eingehenden Teilleistungen sofort an den Gläubiger abzuliefern hätte. Dies ist eine Konsequenz der bereits dargestellten richtigen öffentlich-rechtlichen Auffassung der Zwangsvollstreckung, die den materiellen Erfüllungseintritt erst an die Ablieferung knüpft.

Unzweckmäßig ist die Anordnung von Teilleistungen direkt an den

-
- 43) für die Unabhängigkeit des Gerichtsvollziehers von der Zustimmung des Gläubigers: de lege lata: Pawlowski, ZZP 90, 345 (349 ff., 360); de lege ferenda: Seip, DGVZ 1974, 17 ff.; dagegen: Mümmler, DGVZ 1972, 49 ff.
- 44) Zöllner-Scherübl, Anm. 3 zu § 813 a ZPO; Stein-Jonas-Münzberg, Anm. 4 a zu § 813 a ZPO.

sich dem Verwertungsaufschub widersetzenden Gläubiger auf jeden Fall: Der formgerechte (§§ 776 S. 2, 775 Nr. 4 u. 5 ZPO) Nachweis der bereits erbrachten Raten wird dadurch dem Schuldner sehr erschwert, während der Gerichtsvollzieher den Vermerk nach § 757 ZPO auf dem Titel anbringen kann.

Da der Verwertungsaufschub nur den Schuldner vor einer unwirtschaftlichen Zerschlagung seines Vermögens schützen soll, dürfen die Rechte des Gläubigers nicht mehr als zu diesem Zweck nötig beeinträchtigt werden. Die Möglichkeit von Teilleistungen an den Gerichtsvollzieher schützt den Schuldner ausreichend, ohne das Ablehnungsrecht des Gläubigers unnötig zu schmälern (45).

Die Frage, ob der Gerichtsvollzieher auch Teilleistungen ableiern muß, ist sofort im Kontext mit der Frage anderer Zwangsmaßnahmen, deren Erlös nicht zur vollen Erfüllung ausreicht, zu erörtern.

d) Der Eintritt der Teilerfüllungswirkung bei ungenügendem Erlös einer hoheitlichen Vollstreckungsmaßnahme

aa) Vorbemerkung

Nach der hier zu §§ 754, 813 a ZPO vertretenen Auffassung reduziert sich die Frage der Anwendbarkeit des § 266 BGB im Rahmen der Zwangsvollstreckung auf die Untersuchung der Fallgestaltung, in der der Ertrag einer konkreten Vollstreckungsmaßnahme den materiell-rechtlichen Anspruch nicht vollständig abdeckt (46).

45) Die gegenteilige Auffassung des LG Dortmund JMB1. NRW 23, 76 bezog sich auf einen vom Gläubiger konsentierten Verwertungsaufschub.

46) vgl. zur Ansicht Messers: § 12 III 1 a ee Fn. 38.

Die Befriedigung des Gläubigers als Ergebnis einer Vollstreckungsmaßnahme stellt keine Erfüllung im Sinne von § 362 BGB dar, wenn sie auch das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt (47). - Bei rechtskräftigen Titeln wird dies damit begründet, daß während der Zwangsvollstreckung der Wille des Schuldners zur Erfüllung völlig unerheblich ist (48). Auch auf diese Zwangserfüllung (49) könnte die Kernaussage des § 266 BGB - keine Teilerfüllung wider den Willen des Gläubigers - entsprechende Anwendung finden, soweit dies nicht speziellere Überlegungen ausschließen. Bei der Vollstreckung aus nicht rechtskräftigen Titeln soll die Tilgungswirkung bis zur Rechtskraft in der Schwebe bleiben (50). Auch hier ist jedoch die entsprechende Anwendbarkeit des § 266 BGB zu untersuchen, schon weil die Erfüllungswirkung bei Rechtskraft von selbst eintreten soll (51).

bb) Die Gegenläufigkeit von Vollstreckungsantrag und § 815 Abs. 1 ZPO bei nicht ausreichendem Erlös der Zwangsmaßnahme

Der nicht zurückgenommene Vollstreckungsantrag wirkt bei nur partiellem Erfolg einer Zwangsmaßnahme weiter und verpflichtet den Gerichtsvollzieher zu neuen Vollstreckungsversuchen, soweit diese Aussicht auf Erfolg versprechen, arg. §§ 803 Abs. 2, 753 Abs. 1 ZPO.

Andererseits bestimmt der - auch auf den Verwertungserlös anzuwendende § 815 Abs. 1 ZPO: "Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern." Mit der Ablieferung tritt die Tilgung (bei erst vorläufig vollstreckbaren Titeln: die in der Schwebe bleibende

47) s.o. § 1 II 2 a bb.

48) LÜKE AcP 153, 533 ff. (543).

49) Staudinger-Kaduk, Rz. 34 zu § 362 BGB, 11. A.

50) Staudinger-Kaduk, Rz. 36 zu § 362 BGB; BGH WPM 1965, 1022; BGH WPM 1968, 923;

a.A. Stein-Jonas-Münzberg, Anm. I 1 b zu § 708 ZPO.

51) s.o. § 12 III 1a aa.

Tilgungsvorwirkung) ein (52). Daß nur ein zur Abdeckung des titulierten Anspruchs ausreichender Betrag abzuliefern ist, sagt § 815 Abs. 1 ZPO nicht. Der Kontext ergibt vielmehr, daß nach jeder Pfändung bzw. Verwertung ausgekehrt werden soll. §§ 138 Zr. 1 und 170 Zr. 2 GVGA fordern daher - anders als bei freiwilligen Leistungen - auch "unverzügliche" Auskehr des Erlöses.

Für nach § 813 a ZPO angeordnete, korrekt eingehende Teilzahlungen des Schuldners kann hinsichtlich der Ablieferung nichts anderes gelten als für gepfändetes Geld und den Verwertungserlös. Als Zwangsmaßnahme nimmt der Verwertungsaufschub unter Zahlungsauflagen exakt die Mittelposition zwischen der Pfändung von Geld und der Verwertung einer Sache ein. Daß nach § 813 a ZPO ein Antrag des Schuldners erforderlich ist, ändert nichts an der Natur des Verwertungsaufschubs als Zwangsmaßnahme.

Besteht der Vollstreckungsgläubiger nun auch im Rahmen der genannten Zwangsmaßnahmen auf einer einmaligen Vollerfüllung seines Anspruchs, stehen ihm zwei denkbare vollstreckungsrechtliche Wege zu diesem Ziel offen. Beide sind auf ihre Zulässigkeit hin zu untersuchen:

cc) Die Anweisung an den Gerichtsvollzieher, erst bei Vollabdeckung des einheitlichen materiellen Anspruchs abzuliefern

Eine solche Anweisung steht wie gezeigt im Widerspruch zu § 815 Abs. 1 ZPO. Diese vollstreckungsrechtliche Regelung muß jedoch

52) So die h.L., nach der §§ 815 Abs. 3, 819 ZPO nur Gefahrtragungsregeln sind: Messer, S. 104-107; Schönke-Baur, § 27 II, IV; Jauernig, Zwangsvollstreckung, § 18 II, IV B; Die Gegenansicht, nach der bereits bei Entgegennahme durch den Gerichtsvollzieher eine Erfüllungswirkung eintritt, müßte konsequenterweise in §§ 815 Abs. 3, 819 ZPO gesetzliche Ausnahmen zu § 266 BGB für den Fall nur teilweise erfolgreicher Zwangsmaßnahmen sehen. So: Staudinger-Kaduk, 11. A., Rz. 34 zu § 362 BGB; nicht klar: Thomas-Putzo, Anm. 1 b zu § 815, Anm. 1 zu § 819 ZPO.

als zwingendes - nicht durch Anweisungen des Gläubigers abänderbares Recht - angesehen werden: Die Pfändung von Geld, § 815 Abs. 1 ZPO, die Pfändung einer Sache mit anschließender Zahlungsauf-
lage, § 813 a ZPO, und schließlich die Verwertung einer Pfand-
sache, §§ 814 ff. ZPO, bedeuten einen erheblichen hoheitlichen
Eingriff in das Eigentum, bei Zahlungsaufgaben auch in die Hand-
lungsfreiheit des Schuldners (53). Diese Eingriffe rechtfertigen
sich von ihrem Ziel her, der Verwirklichung des Anspruchs des
Gläubigers. Ermöglicht eine einzelne Zwangsmaßnahme nur eine par-
tielle Durchsetzung des Anspruchs, darf dieser Erfolg nicht vom
Gläubiger vereitelt werden. Die Zwangsausübung wäre dann nach Be-
lieben des Gläubigers auf Zeit oder auf Dauer ergebnislos, damit
ungeeignet und eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (54). Der fragliche Betrag ist auf dem Dienstkonto des Ge-
richtsvollziehers völlig unproduktiv angelegt, Schuldner und
Gläubiger hätten keinerlei Nutzen von dem einmal erfolgten Zwangs-
eingriff. Angesichts der Häufigkeit nur partiell erfolgreicher
Vollstreckungsmaßnahmen wirken diese Ergebnisse besonders uner-
wünscht.

Eine Anweisung des Gläubigers an den Gerichtsvollzieher, den Er-
trag von Zwangsmaßnahmen bis zur vollen Deckung seines Anspruchs
aufzusparen und erst danach abzuliefern, muß als unwirksam be-
trachtet werden.

dd) Zulässigkeit einer Zurücknahme des Vollstreckungsantrags

Aus den angeführten Gründen kann der Vollstreckungsgläubiger nach
den beschriebenen Zwangsmaßnahmen auch durch eine Rücknahme des
Vollstreckungsantrags nicht die Ablieferung der beim Gerichtsvoll-

53) RGZ 156, 395 ff.

54) Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen
der Zwangsvollstreckung wurde o., § 12 III 1 a cc, heraus-
gearbeitet.

zieher befindlichen Beträge verhindern. Dem schwerwiegenden hoheitlichen Eingriff, den diese Vollstreckungsakte darstellen, kann nicht nachträglich - etwa durch einen über das geringwertige Ergebnis verärgerten Gläubiger - der Erfolg entzogen und damit ein Verstoß gegen das Eignungserfordernis des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begangen werden.

Insbesondere wäre es unerträglich, dem Vollstreckungsschuldner den regelmäßig hinter den wirtschaftlichen Werten zurückbleibenden Verwertungserlös zurückzugewähren, ohne daß sich der titulierten Anspruch verringerte. Die Zurücknahme des Vollstreckungsantrags kann hier nur neue Zwangsmaßnahmen verhindern, gleichzeitig schmälert der abzuliefernde Erlös aber auch den vollstreckungsfähigen Inhalt des Titels.

ee) Einordnung der Fälle, in denen die freiwillige Teilleistung des Schuldners dessen pfändbares Vermögen erschöpft

Die vermutlich seltene Konstellation, in der nach Entgegennahme der freiwilligen Teilleistung durch den Gerichtsvollzieher alle Vollstreckungsmaßnahmen fehlschlagen oder wegen Aussichtslosigkeit gar nicht erst unternommen werden, § 803 Abs. 2 ZPO, ist wertungsmäßig der gerade beschriebenen Situation gleichzustellen. - Angesichts der Erschöpfung des Vermögens des Schuldners ist es niemandes Vorteil, die Ablieferung des freiwillig Erbrachten hinauszuschieben.

Eine Zurücknahme des Vollstreckungsantrags muß in einem solchen Fall jedoch als zulässig betrachtet werden, da sie dem Schuldner nicht schadet und noch kein Zwang vorgenommen wurde.

ff) Teilerfüllung und Forderungspfändung

Bei der Forderungspfändung ist die Lage für den auf einmalige Vollbefriedigung beharrenden Gläubiger günstiger: Ist die Über-

weisung zur Einziehung erfolgt, § 835 Abs. 1, 1. Alt. ZPO, kann der Gläubiger auf seine Rechtsposition verzichten, § 843 ZPO. So verhindert er gegebenenfalls die ihm unerwünschte partielle Tilgung.

Hat er sich die Forderung dagegen an Erfüllungs Statt, § 835 Abs. 1, 2. Alt. ZPO, überweisen lassen, hat er die zum Nennwert eintretende Teilerfüllung konsentiert, § 835 Abs. 2 ZPO. Wegen dieser Zustimmung kann nicht von einer Ausnahme zu § 266 BGB die Rede sein.

e) Zusammenfassung: das Ablehnungsrecht des Gläubigers bei einer Teilbefriedigung in der Zwangsvollstreckung

In der Zwangsvollstreckung geht es regelmäßig nicht um die direkte, sondern nur um die entsprechende Anwendbarkeit des § 266 BGB. Auch während der Zwangsvollstreckung braucht der Gläubiger nicht Teilleistungen anzunehmen, die ihm der Schuldner direkt übermittelt. Für den Gerichtsvollzieher besteht dagegen eine Annahmeverpflichtung. Teilerfüllungswirkung kommt diesen Teilleistungen jedoch erst mit der Ablieferung an den Gläubiger zu. Diese Ablieferung kann der Gläubiger durch Anweisung an den Gerichtsvollzieher hinausschieben. So erreicht er, daß das freiwillig Angebotene erst zusammen mit dem Ertrag aus noch zu treffenden Zwangsmaßnahmen abgeliefert wird.

Ist dagegen eine solche Zwangsmaßnahme nur teilweise erfolgreich, hat der Gerichtsvollzieher auch den ungenügenden Erlös abzuliefern, § 815 Abs. 1 ZPO. Die damit eintretende Teiltilgung ist wegen des auch in der Zwangsvollstreckung geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vom Gläubiger hinzunehmen, § 266 BGB wird verdrängt.

2) Teilleistungen im Konkurs

Es ist richtig, daß aufgrund von Abschlags- und Nachtragsverteilungen, §§ 149 ff., 166 KO, im Konkurs eine schrittweise Erfüllung der praktische Regelfall der Befriedigung der Gläubiger ist (55). Für die Gläubiger der letzten zu berücksichtigenden Ranggruppe tritt innerhalb des Konkurses auch endgültig nur eine Teilerfüllung ihrer Ansprüche ein, § 61 Abs. 2 S. 2 KO.

Nicht korrekt ist es jedoch, hier von einer Ausnahme zu § 266 BGB zu sprechen (56). Der Gläubiger muß keine der auf ihn entfallenden Raten annehmen, ebenso wie er sich auch überhaupt nicht am Konkurs beteiligen muß (57). Er gerät damit nicht in Annahmeverzug. Der - allerdings erhebliche - Nachteil: Bis zur Beendigung des Konkursverfahrens kann die Konkursforderung nur in den Formen der KO realisiert werden, also gegebenenfalls durch die Annahme von Verteilungsquoten, §§ 12, 14 KO. - Der Gläubiger handelt auch wirtschaftlich höchst unvernünftig, wenn er nach Verfahrensaufhebung, also nach Ausschöpfung der Konkursmasse, vom Gemeinschuldner volle Erfüllung verlangt, während des Konkurses aber sein Ablehnungsrecht nach § 266 BGB wahrnimmt (58).

3) Teilleistungen im Vergleich

Enthält ein bestätigter Zwangsvergleich, §§ 173 ff. KO, oder ein bestätigter Vergleich nach VerglO eine Teilstundung oder einen Teilerlaß, so wirkt dies auch gegen die Gläubiger, die überstimmt

55) MüKo-Keller, Rz. 13 zu § 266 BGB; Sorgel-Reimer Schmidt, Rz. 4 zu § 266 BGB; Staudinger-Selb, Rz. 7 zu § 266 BGB.

56) so aber: MüKo-Keller, a.a.O.

57) BGHZ 25, 395 (397); RGZ 86, 394 (395).

58) BGHZ 25, 395 (399).

wurden, bzw. sich nicht am Verfahren beteiligten: §§ 194, 193 KO; 78, 82 VerglO. Nur so kann das Vergleichsverfahren seine Funktion - Abwendung des Konkurses - erfüllen; der Überstimmte bzw. sich aus dem Verfahren heraushaltende Gläubiger kann nicht nachträglich durch Beharren auf voller Leistung den Konkurs herbeiführen.

Zwar bleibt der ursprüngliche Anspruch bestehen, arg. §§ 82 Abs. 2 S. 2 VerglO, 193 S. 2 KO. Auch bei teilweisem Erlaß existiert er als sogenannte unvollkommene Verbindlichkeit weiter, die der Schuldner freiwillig vollständig erfüllen kann (59). Durchsetzbar ist er jedoch nur noch in dem im Vergleich geregelten Umfang bzw. nach Maßgabe der darin gewährten Raten. Daher besteht eine Annahmeobliegenheit des Gläubigers, wenn der Schuldner den Vergleich korrekt einhält: dann bietet er alles an, was von ihm gefordert werden kann.

Eine echte Ausnahme zu § 266 BGB läßt sich freilich nur bei im Vergleich enthaltenen Teilstundungen annehmen. Der vollständig weiterbestehende Anspruch kann dann auch wider den Willen des einzelnen Gläubigers abschnittsweise erfüllt werden, während der Teilerlaß endgültig den Umfang der vom Gläubiger durchsetzbaren Forderung herabsetzt.

§ 13) Kritische Darstellung sonstiger als Durchbrechung des § 266 BGB angesehener Fälle

I) Allgemeine Einführung

Recht pauschal und undifferenziert werden in der Literatur ein-

59) Bley/Mohrbutter, Rz. 16 zu § 82 VerglO; Mentzel-Kuhn, Rz. 8 zu § 193 KO.

ge nicht einer einzigen gesetzlichen Regelung zuzuordnende Fälle dargestellt, in denen das Ablehnungsrecht des Gläubigers nicht zum Tragen kommen soll (1). Auch dabei beruht die Nichtanwendung auf ganz verschiedenen rechtlichen Erwägungen, insbesondere kann nicht stets von einer "Ausnahme" (2) die Rede sein: Teils erfolgen die Teilleistungen mit Zustimmung des Gläubigers, teils besteht das Ablehnungsrecht unverändert fort.

II) Teileinforderungen und Teilklagen

1) Die Teileinforderung

Die Teileinforderung eines Anspruchs muß rechtlich als Antrag des Gläubigers auf Abänderung der Leistungsmodalitäten gewertet werden: Diese Betrachtungsweise mag etwas ungewöhnlich anmuten, da der Antrag für den ihn stellenden Gläubiger nachteilig wirkt. Dies ist er keinesfalls in allen Fällen, man denke etwa daran, daß dem Gläubiger wegen aufgetretener Lagerungsschwierigkeiten Teillieferungen wünschenswert erscheinen. Auch mögen es allgemeine Fairness oder das Interesse an weiteren guten Beziehungen sein, die den Gläubiger veranlassen, sich mit der Einforderung dessen, was der Schuldner erbringen kann, zu begnügen. - Die umgekehrte Situation, in der der Schuldner Wert auf volle Erfüllung legt, gehört ebenfalls hierher. Der Schuldner kann etwa einen "Ausverkauf" veranstalten, die vollständige Räumung seiner Lager oder die Begleichung aller Verbindlichkeiten wünschen. - Wegen dieses schützenswerten Interesses des Schuldners ist es zu pauschal, die Zulässigkeit von Teileinforderungen mit dem Grundsatz des *malus minus continet* zu begründen. Vielmehr ist zur Abänderung der Leistungsmodalitäten stets ein Vertrag erforderlich,

1) s.o. § 4 II.

2) so aber Achilles-Greiff, Anm. 3 zu § 266 BGB.

§ 305 BGB: In rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen ist eine Einigung der Parteien nötig, um die ursprüngliche vertragliche Regelung zu modifizieren, nach der auf einmal geleistet werden sollte. Es ist unerheblich, ob dies damals ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden war oder ob § 266 BGB im Wege ergänzender Vertragsauslegung herangezogen wurde. - In auf Gesetz beruhenden Schuldverhältnissen muß der direkt anwendbare § 266 BGB durch eine entsprechende Vereinbarung ausgeschlossen werden.

Der Schuldner muß den in der Teileinforderung liegenden Antrag nicht annehmen, bleibt dann aber weiter zur einmaligen Erbringung der vollen Leistung verpflichtet. Durch Erbringung des eingeforderten Leistungsteils nimmt der Schuldner den Antrag an, § 266 BGB ist damit nachträglich abbedungen. Der Gläubiger kann die Teilleistung nicht mehr ablehnen.

2) Teilklagen

Eine Leistungsklage enthält stets auch eine materielle Einforderung, vgl. § 284 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies gilt auch außerhalb des Schuldnerverzugs. Der auf Leistung klagende Gläubiger behauptet in der Klageschrift regelmäßig, ihm stehe ein Anspruch zu, dessen Erfüllung er begehre. Der Zugang an den beklagten Schuldner ist durch die Zustellung nach §§ 253 Abs. 1, 270 Abs. 1 ZPO gesichert (3).

Zwar werden für die Erhebung einer Teilklage häufig prozeßtaktische Erwägungen des Gläubigers ausschlaggebend sein, etwa das

3) Medicus, Schuldrecht I, § 34 I 4 zu § 284 Abs. 1 S. 2 BGB: Klageerhebung und Mahnbescheid "sind sogar besonders ein-drucksvolle Arten der Aufforderung zur Leistung". Ebenso: LG Kassel MDR 1956, 226, 1. Sp. o.

geringere Kostenrisiko und die mit der amtsgerichtlichen Zuständigkeit verknüpften Vorteile der geographischen Nähe und der allgemeinen Postulationsfähigkeit. Auch die Hoffnung, bereits die Teilklage möge den Schuldner zur vollen Erfüllung veranlassen, wird oft von Bedeutung sein (4).

Dem Schuldner sind diese subjektiven Momente oft unbekannt, ja unerkennbar. Wie bei der Teileinforderung darf er isoliert den eingeklagten Teil erfüllen, denn er darf die erhobene Teilklage als Antrag auf Abänderung der Leistungsmodalitäten verstehen (5). Der mit dem entsprechenden Teilangebot zustande gekommene Abänderungsvertrag dingt § 266 BGB nachträglich ab.

Auch die überwiegend bejahte Zulässigkeit der auf den eingeklagten Teil beschränkten Aufrechnung läßt sich so erklären, ohne daß es der formelhaften Argumentation bedarf, der eingeklagte Teil sei rechtlich verselbständigt (6): Durch die Erhebung der Teilklage hat der Gläubiger gezeigt, daß er vorerst nur die Erfüllung des eingeklagten Teils erstrebt. Der Schuldner kann schon deshalb in seiner Aufrechnungserklärung eine Tilgungsbestimmung hinsichtlich dieses Forderungsteils treffen, weil er damit nur auf einen Antrag des Gläubigers eingeht.

III) Dem Gläubiger unerwünschte Teilurteile und Teilanerkennsurteile

1) Die Problemstellung

Das über einen bestimmt abgegrenzten Teil des Streitgegenstands

4) Esser-Schmidt, § 15 III.

5) Staudinger-Selb, Rz. 11 zu § 266 BGB; Soergel-Reimer Schmidt, Rz. 5 zu § 266 BGB.

6) wie Fn. 5; abweichend in der Begründung jetzt Gernhuber, § 8, 9: die Bestimmungsbefugnis läge stets bei dem Beteiligten, der die Aufrechnung erkläre.

ergehende Teilurteil, § 301 Abs. 1 ZPO, kann dem Kläger oder beiden Parteien unerwünscht sein, wenn diese etwa eine umfassende Streiterledigung wünschen (7). Nach der Rechtsprechung können trotz des Antragserfordernisses in § 307 Abs. 1 ZPO auch Teilanerkennnisurteile ergehen, die dem klagenden Gläubiger mißliebig sind (8).

Wichtig ist, daß nicht jedes Urteil über einen Teil des Prozeßstoffs den Anwendungsbereich des § 266 BGB berührt: Nur Teilurteile über einen abgrenzbaren Teil eines materiellen Anspruchs sind im folgenden von Belang. - Bei vorläufig vollstreckbaren Teilurteilen kommt eine entsprechende Heranziehung des § 266 BGB auf die regelmäßig nur vorbehaltliche Tilgung in Betracht (9).

Die Auswirkungen der teilweisen Titulierung auf das Ablehnungsrecht des Gläubigers nach § 266 BGB sind auch nur für den Fall von Interesse, daß der Gläubiger erst nach Erlaß des Schlußurteils die gesamte Leistung annehmen und gegebenenfalls die Vollstreckung aus allen Titeln betreiben will. Wünscht dagegen der Gläubiger - dem Beklagten erkennbar - die Erfüllung des Titels, etwa durch Androhung der Zwangsvollstreckung oder Stellung eines Vollstreckungsantrags, steht § 266 BGB nicht in Frage. Diese Rechtshandlungen müssen als bindender Antrag, § 266 BGB abzu ding en, angesehen werden (10).

2) Die materiellen Auswirkungen von Urteilen im allgemeinen

Die durch die Titulierung eintretenden Unterschiede zwischen noch

7) s.o. § 4 II 2.

8) s.o. § 4 II 2 c bb.

9) s.o. § 1 II 2 a bb; § 4 II 2 a.

10) s.o. § 13 II.

rechtshängigem und abgeurteiltem Anspruchsteil sind als erste zu untersuchen:

Zahlreich sind die verfahrensrechtlichen Unterschiede: die vorläufige Vollstreckbarkeit, sämtliche Rechtsfolgen der formellen Rechtskraft, die isolierte Anfechtbarkeit, eine abweichende Behandlung im Konkurs, § 146 Abs. 6 KO.

Materiell-rechtliche Abweichungen treten auf bei der Verjährung, § 218 BGB, bei der Verpflichtung zum Schadensersatz, § 283 BGB, und bei der Bürgschaft, § 775 Abs. 1 Zr. 4 BGB. - Da die Verjährung kein Wesensmerkmal, sondern nur eine regelmäßige Eigenschaft des Anspruchs ist, arg. § 194 Abs. 2 BGB, kann aus der Verjährungsunterbrechung des § 218 BGB nicht auf die Aufspaltung in zwei Ansprüche geschlossen werden. Im übrigen gelten jedoch für titulierte Ansprüche und Anspruchsteile die allgemeinen Regeln: sie sind abtretbar und verpfändbar und können insbesondere durch Erfüllung nach §§ 362 ff. BGB erlöschen. Eine umfassende Sonderstellung im Rahmen des geschriebenen materiellen Rechts läßt sich für titulierte Ansprüche daher nicht begründen.

Jedoch läßt sich auch für erst vorläufig vollstreckbare Urteile ein gewisser "Erkenntniswert" nicht verneinen. Beide Parteien erfahren durch das Urteil, wie ein unabhängiges Gericht ihren Fall rechtlich bewertet. Im Rahmen von subjektiven Tatbestandsmerkmalen, etwa des verzugsbegründenden Verschuldens (§ 285 BGB), spielt diese Kenntnis zweifelsohne eine Rolle. Darüber hinausgehende materiell-rechtliche Auswirkungen direkt auf den abgeurteilten Anspruch hat das vorläufig vollstreckbare Urteil als solches jedoch nicht: der Gläubiger kann allenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung eine vorläufige Zwangsbefriedigung mit in der Schwebe bleibender Tilgungswirkung erreichen (11).

11) s.o. § 12 III 1 d aa.

Dagegen enthält das formell und materiell rechtskräftige Urteil die für beide Parteien bindende Feststellung, ob und in welchem Umfang der abgeurteilte Anspruch oder Anspruchsteil endgültig - gegebenenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung - zu tilgen ist. Dazu kommt die ebenfalls bindende Regelung, wer die Verfahrenskosten zu tragen hat. Bei Teilurteilen ergeht freilich eine Kostenentscheidung nur dann, wenn der Ausgang des noch rechtshängigen Streits keinen Einfluß mehr darauf hat (12). Wegen § 92 ZPO ergehen Teilurteile über einen Teil eines einheitlichen materiellen Anspruchs daher ohne Kostenentscheidung.

Auch diese bindende Eigenschaft eines rechtskräftigen Urteils vermag nicht direkt die materiell-rechtlichen Eigenschaften des abgeurteilten Anspruchsteils zu beeinflussen: zwar ist er endgültig nur mehr in dem im Urteil festgesetzten Umfang durchsetzbar, dies unabhängig von den Rechtsansichten der Beteiligten. Doch ist die Vollstreckbarkeit ein verfahrensrechtliches Kriterium. Selbstverständlich kommt auch dem rechtskräftigen Urteil erst recht der bereits beschriebene Erkenntniswert zu, der sich im Rahmen subjektiver Tatbestandselemente auswirkt.

Diesem Befund entspricht die Erklärung der Rechtsnatur des Urteils nach heutigem Verständnis: Der Anspruch im Sinne des § 194 BGB soll unabhängig von der Aussage eines auf ihn bezogenen Urteils sein. Falls ein Fehlurteil ergangen ist, also Inhalt oder Umfang einer Schuld nicht richtig erkannt wurden, besteht diese unbeeinflußt weiter (13).

Dies ist der Inhalt der heute ganz überwiegend anerkannten sog.

12) Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 301 ZPO.

13) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 1 B vor § 300 ZPO; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 62.

prozessualen Rechtskrafttheorie (14). - Rechtskräftige Urteile haben danach vorrangig verfahrensrechtliche Bedeutung, etwa für die Zulässigkeit einer weiteren Klage über denselben Streitgegenstand oder für die Zwangsvollstreckung. Materiell-rechtliche Wirkungen sollen sie dagegen nur bei ausdrücklicher Anordnung in einer materiell-rechtlichen Norm haben. Nur sog. Gestaltungsurteile können direkt die materielle Rechtslage beeinflussen.

Diese Auffassung ist in der Tat der früher häufig vertretenen Theorie von der materiell-rechtlichen Wirkung rechtskräftiger Urteile vorzuziehen (15): Letztere vermag reine Prozeßurteile nicht befriedigend zu erklären, ebensowenig Urteile, die absolute Rechte feststellen. Sie löst die Frage überflüssigerweise von einem pathologischen Ansatzpunkt her: Es ist sinnlos, einen Anspruch, der in einem zutreffenden Urteil tituliert ist, auf zwei Anspruchsgrundlagen, die materiell-rechtliche und den Titel, zu stützen. - Soll dagegen das Fehlurteil einen materiell-rechtlichen Anspruch über das fälschlich Zugesprochene begründen, müßte das Verhältnis zum objektiv wahren Anspruch geklärt werden. Rechtskräftige Urteile müßten danach nämlich zusätzliche Erlöschensgründe - es ist zu wenig zugesprochen - bzw. Entstehungsgründe - das Urteil geht zu weit - von Ansprüchen darstellen, was im BGB nicht vorgesehen ist. All diese Abgrenzungsprobleme meidet die verfahrensrechtliche Lösung (16).

Auch bei rechtskräftigen Teilurteilen über einen Teil eines ein-

14) Begründer: Stein, Über die bindende Kraft ...; Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft; heute: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zr. 2 vor § 322 ZPO; Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 62; Thomas-Putzo, Anm. 3 b (bb) zu § 322 ZPO.

15) Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft ...; ders., ZZP 37, 1 ff.; ähnlich: Pohle, Festschrift f. Calamandrei II, S. 377 ff.; so auch Baumgärtel-Mes, K III.

16) so ausdrücklich: Pohle, a.a.O., S. 397; kritisch: Michelakis, Festschrift für Schima, 303 ff. (309/310).

zelnen materiellen Anspruchs bewirkt die beschriebene Wirkung danach im wesentlichen verfahrensrechtliche Unterschiede zwischen den Anspruchsteilen: der Gläubiger kann den titulierten Anspruchsteil zwangsweise verwirklichen, ein weiterer Rechtsstreit darüber ist unzulässig (17). Eine materiell-rechtliche Aufspaltung in zwei Ansprüche läßt sich allein aus der Tatsache, daß ein Teilurteil ergangen ist, nicht herleiten.

Es mag aber durchaus andere Gründe geben, die nach Erlaß eines Teilurteils die in § 266 BGB getroffene Entscheidung zugunsten des Schuldners Überlagern. Es geht nun nicht mehr um Teilleistungen auf einen in gesamter Höhe titulierten Anspruch (18), sondern um Teilleistungen, die den zugesprochenen Anspruchsteil abdecken.

3) Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen über Teilurteile

Zusprechende Teilurteile, § 301 ZPO, bezwecken die beschleunigte Befriedigung des Klägers hinsichtlich des entscheidungsreifen Teils (19), daneben auch eine Verminderung des Prozeßstoffs. Zusprechende Teilanerkennnisurteile sind nicht anders zu beurteilen, wie sich aus einer Zusammenschau der §§ 93 und 307 Abs. 1 ZPO ergibt: Die Kostenprivilegierung des anerkennenden Beklagten ist bereits an das Anerkenntnis geknüpft, ein Anerkenntnisurteil muß dazu nicht ergehen (20). Dieses Urteil selbst soll wieder den Gläubiger begünstigen und ihm zu einer schnellen Durchsetzung seines Rechts verhelfen.

17) dagegen schon kritisch: Vorlagebegründung, zitiert nach Schubert, S. 778; Protokolle I, zitiert nach Jakobs-Schubert, S. 172.

18) wie in § 12 III 1.

19) vgl. Entwurfsbegründung, zit. nach Hahn, S. 283.

20) so etwa Thomas-Putzo, Anm. 3 b zu § 93.

Es müßten daher überwiegende Interessen des Beklagten zu benennen sein, um die an sich gläubigerfreundliche Tendenz der Regelungen über Teilurteile gegen den nicht zur Annahme bereiten Kläger zu kehren.

4) Das Anwachsen der Zinslast

Bereits die Erste Kommission sah das Anwachsen der Judikatszinsen als besonders schwerwiegenden Nachteil für den leistungsbe-reiten Schuldner an, wenn der Gläubiger die angebotene Erfüllung des zugesprochenen Anspruchsteils ablehnte (21). Judikatszinsen sind nun freilich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorgesehen - das Teilurteil selbst kann also einen eigenen Zinslauf nicht begründen.

Das weitere Anwachsen anderer im Urteil zugesprochener Zinsen scheint auf den ersten Blick den Verurteilten ebenso schwer zu belasten: er kann sich ja, obwohl leistungsbereit, nicht von der anwachsenden Verpflichtung befreien, wenn man dem Gläubiger auch bei teilweise titulierten Ansprüchen das Ablehnungsrecht nach § 266 BGB beließe. Freilich verschlechtert das Teilurteil die Situation des Schuldners auch nicht: gewinnt er im Prozeß in anderer Weise, etwa nach einer Beweisaufnahme, die Gewißheit, einen Teil des eingeklagten Anspruchs zu schulden, kommt es gegen den Willen des Gläubigers ebenfalls nicht zu einer Teilerfüllung. Tatbestandlich endet der Zinslauf regelmäßig mit dem Erlöschen der sog. Hauptschuld (22) oder mit dem Eintritt des Annahmeverzugs, § 301 BGB. Zum Gläubigerverzug kommt es aber nur, wenn eine Annahmepflicht verletzt wird: Daher stellt es einen Zirkelschluß dar, eine solche Annahmepflicht allein mit dem ungerecht erscheinenden Zinslauf zu begründen.

21) Protokolle I, zitiert nach Jakobs-Schubert, S. 172.

22) zur sog. Akzessorietät vgl. etwa Fikentscher, § 29 II 1.

5) Eintritt des Schuldnerverzugs als unbillige Belastung
des im Teilurteil Unterlegenen

Nach den zu § 285 BGB anerkannten Grundsätzen (23) kommt es nach dem ernsthaften Angebot des zugesprochenen Anspruchsteils nur dann zum Schuldnerverzug über die Gesamtforderung, wenn die noch nicht abgeurteilte Restforderung schuldhaft nicht erfüllt wird. Dann ist der Schuldner aber auch nicht schutzwürdig: spätestens durch das Teilurteil hat er verzugsbegründende Kenntnis seiner darin abgeurteilten Verpflichtung erlangt und muß daher zur Meidung der Verzugsfolgen seine gesamte Verpflichtung erfüllen. Daß er durch das Teilurteil bevorzugt werden sollte, ist nicht einzusehen, zumal Teilurteile höchst selten ergehen (24).

Umgekehrt folgt aus den Verzugsregeln nur, daß dem im Teilurteil unterliegenden Beklagten stets zu raten ist, die entsprechende Teilleistung sofort anzubieten. Nimmt sie der Gläubiger an, tritt Teilerfüllungswirkung oder zumindest eine vorläufige Befriedigung ein; die Zwangsvollstreckung wird verhindert. Lehnt der Kläger ab, gerät er in Annahmeverzug, falls bezüglich des fraglichen Anspruchsteils im Schlußurteil nichts mehr zugesprochen wird. Im Einzelfall kann der Kläger auch seine Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2 BGB) verletzen, wenn sich durch die Ablehnung des Teilangebots der Schaden erhöht (25). - Der Schuldner, der vor Erlaß des Teilurteils in unverschuldeter Unkenntnis, § 285 BGB, nicht leistete, verhindert durch das Angebot den Verzugseintritt.

Im übrigen trägt der Schuldner alle die Nachteile, die regelmä-

23) s.o. § 10 IV.

24) Nach Rosenberg-Schwab, § 58 II 2, endeten im Jahre 1971 nur 5 % aller Prozesse durch Teil- und Schlußurteil.

25) s.o. § 10 II.

Big bei der Zurückweisung einer Teilleistung auftreten (26). Eine besondere Erschwerung ist hier nicht ersichtlich.

6) Schutzwürdige Interessen des Schuldners auf der verfahrensrechtlichen Ebene?

Vollstreckt der Gläubiger nach der Ablehnung des freiwilligen Angebots aus dem Teilurteil, trägt der ernsthaft leistungsbereite Beklagte keine Kosten, §§ 788 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 91 Abs. 1 S. 1 ZPO: diese waren ja nicht notwendig. Auch aus diesem Grund ist dem Schuldner das Angebot des zugesprochenen Teils zu raten.

Das vielfach geforderte Recht des Schuldners, Zwangsmaßnahmen abzuwenden, berührt die Frage der Anwendbarkeit des § 266 BGB nicht. Wie oben gezeigt (27), kommt die Regelung ja nur dann in Betracht, wenn der Gläubiger das Urteil nicht ausnützen will. Die Einforderung der zugesprochenen Leistung, die Androhung der Zwangsvollstreckung und der Vollstreckungsantrag sind jeweils als Antrag auf Abdingung des § 266 BGB auszulegen. Diesen Antrag kann der Schuldner - stillschweigend - durch Erbringung der eingeforderten Teilleistung annehmen.

Nach dem Gesagten ist kein Grund ersichtlich, einen teilweise titulierten Anspruch aus dem Anwendungsbereich des § 266 BGB herauszunehmen (28).

26) s.o. § 2 II.

27) s.o. § 4 II 2; § 13 III 1.

28) richtig also: Staudinger-Selb, Rz. 11 zu § 266 BGB;
falsch: MüKo-Keller, Rz. 12 zu § 266 BGB; Mes, ZP 85, 337;
Kreß, S. 381, Fn. 11; Enneccerus-Lehmann, § 21; Achilles-Greif, Anm. 3 zu § 266 BGB; Planck, Anm. 5 zu § 266 BGB.

§ 14) Anwendbarkeit des § 266 BGB auf umfangmäßig bestrittene Schadensersatzansprüche

1) Die Lösung der Rechtsprechung und der ihr folgenden Auffassung

1) Ansatz der Kritik

Es wurde bereits dargelegt, daß Auslegung einer Gesetzesnorm und Abgrenzung gegenüber divergierenden Normen Vorrang haben vor einer Einschränkung über den Grundsatz von Treu und Glauben. Der methodische Verstoß erschiene geringfügig, wenn die zur Begründung der Einschränkung angeführten Sachargumente zu überzeugen vermöchten (1).

2) Die materiell-rechtlichen Argumente

a) Der Einfluß von Treu und Glauben

Die floskelhafte Ausführung, auch § 266 BGB unterliege dem Grundsatz von Treu und Glauben, ist für sich allein genommen keine tragfähige Begründung für eine Einschränkung der Anwendbarkeit der Norm (2). Diese Kritik gilt unabhängig davon, ob § 242 BGB überhaupt als subsumtionsunfähig angesehen wird (3) oder ob man von definierbaren Rechtsbegriffen ausgeht (4). Stets muß nämlich eine von sachlichen Gründen getragene Wertung vorgenommen werden,

1) s.o. § 9.

2) so aber die in § 4 III 4 b aa zitierten Entscheidungen.

3) so Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 10, 95 ff., 144, 154 zu § 242 BGB; ähnlich Medicus, Schuldrecht I, § 16 III 1.

4) Palandt-Heinrichs, Anm. 1 c zu § 242 BGB; Larenz, Schuldrecht I, § 10 I; Erman-Sirp, Rz. 204 zu § 242 BGB.

die es in Ausnahmefällen rechtfertigt, die im Gesetz enthaltene Wertentscheidung beiseite zu schieben (5).

Es ist nun durchaus richtig, daß der BGB-Gesetzgeber § 266 BGB als Ausfluß des Treu-und-Glauben-Prinzips kodifiziert hat, um eine für typisch gehaltene Treuwidrigkeit, nämlich die Behelligung des Gläubigers durch verzettelte Erbringung der Leistung, zu unterbinden (6). Es mag auch richtig sein, daß bei einer bloß konkretisierenden Norm das Zurückgehen auf den zugrundeliegenden allgemeinen Satz einfacher ist als bei einer Regel mit einer eigenständigen Funktion. Allerdings ist dieses Argument hier unscharf: § 266 BGB ist eine Ausgestaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben in dessen hauptsächlicher, schon im Wortlaut des § 242 BGB ausgedrückter Funktion, der Regelung der Modalitäten der Leistung (7). Jede Beschränkung des § 266 BGB soll aber das als ungerecht empfundene Zurückweisungsrecht des Gläubigers beschneiden und ist damit dem Funktionskreis der treuwidrigen Rechtsausübung im weiteren Sinne zuzuordnen (8). Angesichts der vielgestaltigen Aufgaben des § 242 BGB wird daher nicht einfach auf die zugrundeliegende Norm "zurückgegriffen", wenn § 266 BGB nicht angewandt wird. Vielmehr liegt eine Änderung der Stoßrichtung vor.

Nun entsprach der historische Gesetzgeber aber gerade nicht dem Antrag, eine Einschränkung des § 266 BGB durch Treu und Glauben ausdrücklich zu regeln, dies mit der Begründung, im Bereich der Teilleistung seien typischerweise Schikanen des Schuldners,

-
- 5) Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 170 ff., 179 zu § 242 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 1 a bb zu § 242 BGB; Larenz, Schuldrecht I, § 10 I.
 - 6) Protokolle II, Mugdan, S. 524.
 - 7) Larenz, Schuldrecht I, § 10 II A; RGRK-Alff, Rz. 22 zu § 242 BGB; Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 711 ff. zu § 242 BGB; Medicus, Schuldrecht I, § 16 III 2 a.
 - 8) RGRK-Alff, Rz. 23 zu § 242 BGB; Larenz, Schuldrecht I, § 10 II b; MüKo-Roth, Rz. 145, 229-233 zu § 242 BGB.

nicht Schikanen des Gläubigers zu gewärtigen (9). Die dem § 266 BGB gegebene Stoßrichtung war also eindeutig gläubigerfreundlich und schuldnerfeindlich; man kann fast von einer zugrunde liegenden Belästigungsvermutung zugunsten des Gläubigers ausgehen. Wenn nun die für die Einschränkung angeführten Sachargumente auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüft werden, darf diese Entscheidung des historischen Gesetzgebers nicht außer acht gelassen werden. Im Einzelfall muß eine konkrete Treuwidrigkeit des Gläubigers vorliegen, die bloße Zumutbarkeit der Teilleistung kann die vom Gesetzgeber getroffene Wertentscheidung nicht in ihr Gegenteil verkehren (10).

b) Das sog. Spitzenbetragsargument

Diese Beschränkung des Zurückweisungsrechts wurde speziell für ihren Umfang nach streitige Schadensersatzforderungen behauptet, in ähnlicher Form aber bereits früher für Warenlieferungen herangezogen. Es müßten sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, daß die Privatrechtsordnung in vergleichbaren Fällen die Verfolgung relativ geringer Vermögensinteressen gegenüber bereits erreichten höherwertigen Vorteilen hintanstellt. - Daß im Bereich des öffentlichen Rechts häufig vergleichsweise nicht erhebliche öffentliche Interessen nicht mehr weiterverfolgt werden müssen, wenn bedeutendere Interessen bereits verwirklicht sind, ist für das bürgerliche Recht zunächst unerheblich. Normen wie §§ 154, 154 a StPO, § 156 Abs. 1 Zr. 2 AO sind Ausfluß des für das Ober- und Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger prägenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Ähnliches gilt für die zivilprozessuale Vorschrift des § 287 Abs. 2 ZPO; die Erleichterungen des Strengbeweises bei teilwei-

9) Protokolle II, Mugdan, S. 524.

10) a.A. Hans Wolfgang Schmidt, DAR 1968, 143.

se bestrittenen Forderungen sollen dem beweispflichtigen Gläubiger eine im Verhältnis zum Wert des bestrittenen Forderungsteils zu schwierige Beweisführung erleichtern. Betroffen ist nicht unmittelbar das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner, denn die materielle Beweislast verbleibt beim Kläger. Gelockert werden vielmehr die Anforderungen, die das Gericht als staatliches Organ an den Kläger stellt.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz findet in dem auf dem Gedanken der Gleichordnung der Beteiligten beruhenden materiellen Privatrecht keine allumfassende Anwendung: Soweit § 138 BGB keine Anwendung findet, kann nicht etwa ein überhöht erscheinender Preis unter Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz "angepaßt" werden.

Den §§ 320 Abs. 2, 459 Abs. 1 S. 2, 468 Abs. 1 S. 2, 542 Abs. 2, 634 Abs. 3, 280 Abs. 2, 325 Abs. 1 S. 2 und 326 Abs. 1 S. 3 entnehmen aber einige den allgemeinen Grundsatz, Fehlverhalten des anderen Partners in einem Schuldverhältnis dürfe nur zur angemessenen und verhältnismäßigen Ausübung der Gegenrechte führen, da zivilrechtliche Berechtigungen keinen Strafcharakter haben dürften (11). Ein geringfügiges Fehlverhalten ließe Gegenrechte unter Umständen gar nicht entstehen (12). Das Angebot einer nur wenig hinter der Gesamtleistung zurückbleibenden Teilleistung wird als solches geringfügiges Fehlverhalten betrachtet, die Zurückweisung durch den Gläubiger als im Übermaß ausgeübtes Gegenrecht. Bereits begrifflich überzeugt dieser Ansatz nicht für alle Fälle: Das Angebot einer Teilleistung kann nicht als Pflicht-

11) Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 683 zu § 242 BGB; Wieacker, Festschrift für Fischer, 867 (868); BGH WPM 1980, 215 (216).

12) mit ausdrücklichem Hinweis auf § 266 BGB: Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 684 und 687 zu § 242 BGB; auch Gernhuber, § 8, 7, spricht von einer unverhältnismäßigen Reaktion.

widrigkeit betrachtet werden, wenn der Schuldner nach der Ablehnung noch rechtzeitig und auch i.ü. pflichtgerecht die Gesamtleistung bewirkt. Das Ablehnungsrecht des Gläubigers ist regelmäßig kein Gegenrecht in dem Sinne, daß eine an sich bestehende Verpflichtung des Gläubigers aufgehoben wird. Für ihn besteht zu meist keine Annahmeverpflichtung, sondern nur eine -obliegenheit.

Eine Gegenüberstellung von § 266 BGB und den zitierten, als verallgemeinerungsfähig angesehenen Normen ergibt nur wenig brauchbare Anhaltspunkte:

Der seinem Inhalt nach naheliegende § 320 Abs. 2 BGB kann nicht herangezogen werden. Schon methodisch erscheint es fragwürdig, mit einer Bestimmung aus dem Recht der gegenseitigen Verträge die Einschränkung einer allgemeinen schuldrechtlichen Norm in der Anwendung auf Tatbestände der unerlaubten Handlungen und der Gefährdungshaftung zu begründen. Eine genauere Untersuchung auf Tatbestand und Rechtsfolge bestätigt dies: § 320 Abs. 2 BGB hat tatbestandlich zur Voraussetzung, daß der geschuldete Leistungserfolg teilweise eingetreten ist, d.h. daß § 266 BGB aus irgendeinem bereits vorgegebenen Grund keine Anwendung gefunden hat oder abbedungen wurde. Unter diesen Voraussetzungen soll es treuwidrig sein, wenn die relativ geringe ausstehende Restleistung durch Zurückhaltung der gesamten Leistung erzwungen wird - das vom Gesetzgeber als ausgewogen vorausgesetzte Synallagma der gegenseitigen Verträge soll dadurch erhalten werden, daß auch die Gegenleistung nur anteilig verweigert werden kann. Dabei legt überdies die Rechtsprechung recht großzügige Maßstäbe an, es soll durchaus mehr als das anteilmäßig der ausstehenden Leistung Entsprechende als Druckmittel zurückgehalten werden dürfen (13). Eine Vorwirkung des Inhalts, daß der Gläubiger eine

13) BGHZ 54, 244 (249); BGH NJW 1958, 706; BGH NJW 1962, 628; ausführliche Darstellung bei Staudinger-Otto, Rz. 27-34 zu § 320 BGB.

zur überwiegenden Erfüllung ausreichende Teilleistung annehmen muß, vermag § 320 Abs. 2 BGB nicht zu entfalten; geregelt wird ausschließlich das Zurückbehaltungsrecht in gegenseitigen Verträgen.

Die Unerheblichkeit des Fehlers der Kaufsache, § 459 Abs. 1 S. 2 BGB, wird weniger in Relation zum Wert oder Preis der gelieferten Sache bemessen als anhand von unabhängigen Kriterien wie den Kosten der Beseitigung und der leichten Erkenn- und Behebbarkeit des Mangels (14). Auch die weiteren zitierten Normen nennen keinen Maßstab, nach dem sich die Geringfügigkeit der fehlenden im Verhältnis zur erbrachten Teilleistung berechnen ließe. Dies verwundert nicht, da sie - mit der Ausnahme des § 280 Abs. 2 BGB - ebenfalls alle in das Recht der gegenseitigen Verträge gehören. Die Geringfügigkeit der Interessenbeeinträchtigung läßt sich in einem vertraglichen Schuldverhältnis am Maßstab der geschuldeten Gegenleistung und der mit dem Vertrag verfolgten Interessen der Beteiligten leichter feststellen, als in einem auf Gesetz beruhenden Schuldverhältnis, das zumeist für beide Parteien, mindestens aber für eine Seite ungewollt zustandekommt.

In den einschlägigen Entscheidungen (15) wird ebenfalls kein Maßstab angegeben, nach dem sich die relative Geringfügigkeit des Restbetrags bewerten läßt. Aus der Tatsache, daß ausstehende Beträge von DM 107 im Verhältnis zu DM 704, von DM 73 bei dem Angebot von DM 450 als relativ geringfügig eingestuft wurden, ergibt sich, daß etwa ab einem Verhältnis von 1 zu 6 kein Ablehnungsrecht mehr bestehen soll. Zwingend ist diese Aufteilung keineswegs.

14) Staudinger-Ostler, 11. A., Rz. 29 zu § 459 BGB; RGRK-Mezger, Rz. 20 zu § 459 BGB; RGZ 131, 343 (351/352).

15) s.o. § 4 III 4 b aa mit Fn. 56.

Gerade in den Fällen umfangmäßig bestrittener Ersatzansprüche, in denen es herangezogen wird, gibt das sog. Spitzenbetragsargument den Parteien Steine statt Brot. Zu der Unsicherheit, was genau die volle Leistung, was nur eine Teilleistung sei, tritt nun die Schwierigkeit, zu erkennen, was ein relativ geringfügiger Fehlbetrag sei. Die Beteiligten geraten dadurch in gesteigerte Bewertungsprobleme, die sie endgültig überfordern dürften: Der Gläubiger muß nicht mehr nur den von ihm für zutreffend gehaltenen Ersatzbetrag ermitteln, sondern gleichzeitig, welche Abzüge seitens des Schuldners er sich gefallen lassen muß, um nicht durch Ablehnung in Annahmeverzug zu geraten. Der Schuldner seinerseits muß dieselbe Rechnung anstellen, will er sichergehen, daß für den Gläubiger eine Annahmepflicht besteht. Die beiden Beteiligten treffende Gefahr von Fehleinschätzungen wird gerade bei umfangmäßig bestrittenen Forderungen vergrößert, was eher vermieden denn gefördert werden sollte. Das Spitzenbetragsargument sollte daher allenfalls bei in ihrer Höhe anerkannten Ansprüchen herangezogen werden. In der Ausprägung, in der es bei bestrittenen Schadensersatzansprüchen verwendet wird, ist es unbrauchbar.

Bei umfangmäßig anerkannten Forderungen müssen freilich zusätzliche Umstände hinzukommen, um eine Treuwidrigkeit des Gläubigers durch die Ablehnung zu begründen. Ein Schuldner, der die Anspruchshöhe als berechtigt anerkennt, hat eigentlich kein einsichtiges Motiv, einen Spitzenteil zurückzuhalten.

Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner nur um Pfennigbeträge auf den nächsten Markbetrag "abrundet". (Bei größeren Geldforderungen kommen in der Praxis auch Abrundungen auf den nächsten glatten Zehnerbetrag vor.) Daß damit häufig nur eine Vereinfachung des Zahlungs- und Rechnungverkehrs erstrebt wird und die wirtschaftlichen Auswirkungen geringfügig sind, ändert nichts daran, daß eine unter § 266 BGB zu subsumierende Teilleistung angeboten

wird, der Gläubiger also sein Zurückweisungsrecht ausüben darf.
- In Einzelfällen mag freilich im kaufmännischen Verkehr ein Handelsbrauch (§ 346 HGB), unter Privatleuten eine Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) bestehen, nach denen die betroffenen Geschäfte im Sinne einer Annahmepflicht auch gegenüber abgerundeten Angeboten auszuliegen sind.

Teilleistungen, die den überwiegenden Anteil der anerkannten Forderung ausmachen und für den Gläubiger verwendbar sind, werden freilich dann nicht zurückgewiesen werden können, wenn der leistungswillige Schuldner sich lediglich verzählt hat oder vergesslich war. Eine solch leichte Nachlässigkeit, die für den Gläubiger folgenlos bleibt, ist im Rahmen eines von beiden Seiten nach Treu und Glauben abzuwickelnden Schuldverhältnisses hinzunehmen. Sie darf insbesondere nicht zu einem kostspieligen oder riskanten Hin- und Hertransport führen, Nachlieferung muß genügen (16).

Festzuhalten ist: Bei bestrittenen Ansprüchen sollte die relative Geringfügigkeit des fehlenden Leistungsteils nicht angeführt werden, um eine Ausnahme von § 266 BGB zu begründen. Bei umfangmäßig feststehenden Ansprüchen ist das Argument im Zusammenhang mit anderen tauglich.

c) Der angebliche Wegfall der Belästigung bei bestrittenen Ansprüchen

Es ist zwar richtig, daß bei den von Versicherungen in aller Regel vorgenommenen Überweisungen auf ein Girokonto des Geschädigten kaum von einem Aufbewahrungsrisiko des Gläubigers die Rede sein kann. Ebenso wenig verursacht in diesem Fall die Entgegen-

16) vgl. das von Medicus, Schuldrecht I, § 17 I gebildete Beispiel, in dem einer von 50 Mehlsäcken vergessen wurde.

nahme der Leistung besondere Mühen. Selbst hierbei ist jedoch zu beachten, daß pro Buchungsvorgang beim Empfänger Kontoführungsgebühren erhoben werden, die bei manchen Geldinstituten die 1 DM-Grenze erreichen.

Der historische Zweck des § 266 BGB, die Verhinderung von Belästigungen des Gläubigers (17), kann aber nicht mit der Tatsache, daß die Forderung zum vom Schuldner anerkannten Teil auch erfüllt wurde, in Verbindung gebracht werden (18). Die Beeinträchtigung des Gläubigers durch Aufbewahrung des erbrachten Teils und Weiterverfolgung des nicht geleisteten Teils ist ja gerade dann besonders groß, wenn sich der Schuldner auf den Standpunkt stellt, er habe voll erfüllt. Zusammen mit den anfallenden Buchungsgebühren ergeben diese Mühen, zur vollen Erfüllung zu gelangen (weitere Mahnungen, weiterzuführende Buchhaltung, Klageerhebung) je nach Lage des Einzelfalls durchaus eine gewisse Behelligung des Gläubigers.

Entscheidend ist nun nicht, daß, abgesehen von der zusätzlichen Kontoführungsgebühr, alle diese Belästigungen auch dann angefallen wären, wenn der Schuldner überhaupt nicht geleistet hätte, denn sie wären mit Sicherheit nicht entstanden, hätte der Schuldner voll geleistet. Die Beeinträchtigung des Schuldners muß aber am Maßstab der ordentlichen Erfüllung festgestellt werden, nicht am pathologischen Fall der Nichtleistung, die den Gläubiger in normal gelagerten Fällen sicher mehr belastet als die Teilleistung.

Die Behauptung, Teilleistungen auf den anerkannten Teil im übrigen bestrittener Forderungen stellten keine Belästigung dar, ist nicht tragfähig.

17) s.o. § 1 IV.

18) so aber die in § 4 III 4 b aa mit Fn. 58 belegten Entscheidungen; ähnlich Staudinger-Jürgen Schmidt, Rz. 724 zu § 242 BGB.

3) Die Nichtanwendbarkeit des § 266 BGB auf teilweise bestrittene Ansprüche

Die Auffassung, § 266 BGB sei nur auf in vollem Umfang unstreitige Forderungen anzuwenden, hält prozessuale und materielle Erwägungen nicht auseinander: Diese Kritik gilt gleichermaßen Heinzelmann und Leonhard (19), die eine tatbestandliche Einschränkung vornehmen, sowie dem OLG Hamm und Fikentscher, die das gleiche Ergebnis mit § 242 BGB begründen wollen (20):

Zunächst ist das Bestreiten als innerprozessualer Vorgang zu betrachten, der in § 138 Abs. 3, Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 ZPO geregelt ist. Die Gegenüberstellung von Bestreiten sowie zulässiger Erklärung mit Nichtwissen einerseits, Nicht-Bestreiten sowie unzulässiger Erklärung mit Nichtwissen andererseits dient dazu, die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache zu ermitteln, hat also zunächst eine rein prozessuale Funktion: Nur die Beweislast regelt sich nach materiellem Recht. - In dieser Ausprägung kann das Bestreiten daher nicht die materiell-rechtliche Regelung in § 266 BGB modifizieren: bezieht es sich nur auf Tatsachen, die einem Teil einer Forderung zugrundeliegen, soll es eben nur diesbezüglich eine Beweiserhebung herbeiführen (21).

Auch im Konkurs- und Vergleichsrecht hat das Bestreiten einer Forderung verfahrensrechtliche Konsequenzen (§§ 95, 114, 146 KO, 66, 71, 97 VerglO): Bereits das Stimmrecht des Gläubigers einer bestrittenen Forderung bedarf einer Feststellung durch gerichtliche Entscheidung. Vor ihrer Befriedigung im Konkurs- oder Ver-

19) Heinzelmann, NJW 1967, 534 f.; Leonhard, VersR 1967, 534 ff.

20) OLG Hamm VersR 1967, 383; Fikentscher, § 30 (1).

21) vgl. dazu Radbruch, S. 194: "stellen sich die tatsächlichen Äußerungen der Parteien - 'ich bestreite' und 'ich gestehe' - bei schärferer Betrachtung garnicht als Aussagen darüber, daß eine Tatsache wahr oder nicht wahr sei, sondern als Willensäußerungen dar, daß für eine Tatsache Beweis verlangt oder auf Beweis verzichtet werde."

gleichsverfahren sind die bestrittenen Forderungen schließlich im Klageweg zu klären.

Außerhalb des Zivilprozesses, Konkurses oder Vergleichs kommt diese rein verfahrensrechtliche Bedeutung des Bestreitens nicht in Betracht. - Die Bestrittenheit eines Anspruchs ist jedoch in der deutschen Privatrechtsordnung (22) kein weitverbreitetes Tatbestandsmerkmal. Soweit ersichtlich, knüpft nur eine einzige, noch dazu sehr "junge" Norm des materiellen Rechts daran an: Nach § 11 Nr. 3 AGBG darf in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Befugnis zur Aufrechnung mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung nicht ausgeschlossen werden. Geschützt werden soll - wie überall im Anwendungsbereich des AGBG - der Vertragspartner des Verwenders, also der Gläubiger der aufzurechnenden Forderung. Ist diese Forderung unbestritten, nicht substantiiert bestritten (23) oder rechtskräftig festgestellt, so kann der Gläubiger durch Erklärung der Aufrechnung auch gegen den Willen des Schuldners eine Befriedigung erreichen, selbst wenn in den dem Geschäft zugrunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Aufrechnungsverbot enthalten ist. § 11 Nr. 3 AGBG läßt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, daß der bestreitende Schuldner seinerseits nicht oder gegenüber §§ 362 ff., 266 ff. BGB modifiziert leisten dürfe. Geregelt wird ausschließlich die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers, eine weitergehende Aussage über die Art und Weise der Erfüllung bestrittener Forderungen fehlt. Mit § 11 Nr. 3 AGBG läßt sich daher die Einengung des Tatbestands des § 266 BGB auf in voller Höhe unbestrittene Forderungen nicht begründen.

22) anders das Gemeine Recht und das Schweizer OR: s.o. §§ 5 V, 6 V.

23) Das nicht substantiierte Bestreiten wird für § 11 Nr. 3 AGBG der Unbestrittenheit gleichgestellt: Staudinger-Schlosser, Rz. 5 zu § 11 Nr. 3 AGBG.

Allgemeiner wird aber jedem Bestreiten eine über das Verfahrensrecht hinausgehende Bedeutung zukommen: es beinhaltet eine Erklärung über die tatsächlichen und rechtlichen Auffassungen des Schuldners, der die gegen ihn geltendgemachte Forderung nicht anerkennt. Das Bestreiten ist dann eine Art von Wissenserklärung über subjektive Tatsachen, nämlich die Ansichten des Bestreitenden.

Die Einordnung einer solchen Erklärung fällt schwer, schon weil ihre subjektive Berechtigung ganz unterschiedlich sein kann: Von der völlig unbegründeten willkürlichen Verneinung des geltendgemachten Rechts (24) bis hin zu gewichtigen, von jedem vernünftigen Menschen in der Lage des Schuldners geteilten Zweifeln reicht eine weite Skala von Motiven. Angesichts dieser Unterschiede wirkt der einheitliche Begriff der Bestrittenheit nichtssagend. Schon daher ist es nicht richtig, die "Bestrittenheit" als Grundlage einer Einschränkung des § 266 BGB anzusehen.

Die darauf abzielenden Auffassungen enthalten jedoch einen zutreffenden Ansatz: Es gibt subjektive Tatbestandsmerkmale, wie etwa das Verschulden oder die Gutgläubigkeit, die je nach der subjektiven Berechtigung des Bestreitens vorliegen oder nicht. § 266 BGB selbst enthält kein solches Kriterium, wohl aber der mit der Ablehnung verbundene Tatbestand des Schuldnerverzugs. Der bereits erwähnte § 285 BGB (25) ist also ein Einfallstor für die Erörterung, ob im konkreten Fall mit gewichtigen, subjektiv richtigen Argumenten bestritten wurde.

Für manche Schuldverhältnisse kommt hinzu, daß die genaue An-

24) so schon Brachvogel, Archiv für Bürgerliches Recht, 8, 335 (337); Ruhkopf, VersR 1967, 928; Baumgärtel, VersR 1970, 971; für Art. 69 OR: v. Büren, S. 443; s.a. die oben, Fn. 23, dargestellte Ausweitung des § 11 Nr. 3 AGBG.

25) s.o. § 10 IV.

spruchshöhe beiden Parteien unbekannt und unerkennbar ist, so daß beide Parteien mit einem Einschätzungsrisiko belastet sind. Auch diese objektive Schwierigkeit, die genaue Anspruchshöhe zu bestimmen, könnte ein Ansatzpunkt für eine Einschränkung des § 266 BGB sein. Darauf ist noch einzugehen (26).

4) Die prozeßrechtlichen Argumente

a) Das sog. Substantiierungsargument

Ich halte es auch für verfehlt, wenn ausgeführt wird, der Gläubiger müsse eine Teilleistung dann annehmen, wenn der Schuldner die Anrechnung auf Unterposten des Anspruchs genügend bestimmt habe.

Es ist zwar richtig, daß der Gläubiger aufgrund solcher Hinweise jederzeit eine ausreichend substantiierte Klage auf den ausstehenden Rest erheben kann, § 253 Abs. 2 Zr. 2 ZPO. Diese Möglichkeit kann aber die materiellen Rechte des Gläubigers nicht beschneiden, auch nicht sein Ablehnungsrecht nach § 266 BGB. Da das Klagerecht nur noch als regelmäßige Eigenschaft eines Anspruchs betrachtet wird, kann auch dann eine Beeinträchtigung des materiellen Rechts vorliegen, wenn die prozessuale Durchsetzung möglich erscheint.

Vielmehr ist die Substantiierung ein Erfordernis des Prozeßrechts, das in jedem Fall zusätzlich erfüllt sein muß, wenn von § 266 BGB im Einzelfall Abstand genommen werden soll. Wenn schon zu Lasten des Gläubigers eine Teilleistung eine Teilerfüllungswirkung haben soll, darf nicht auch noch bezüglich des ausstehenden Restes die Klagemöglichkeit erschwert werden: Hat der Gläubiger

26) s.u. § 18 III u. § 20 I.

eine ohne Verrechnungsbestimmung erbrachte Teilleistung angenommen, befindet er sich nämlich in einer mißlichen Lage; er steht hinsichtlich der Substantiierung seiner Klage auf den Rest schlechter, als wenn er noch nichts erhalten hätte. § 366 Abs. 2 BGB - die subsidiäre gesetzliche Verrechnungsnorm - gilt direkt nur bei einer Mehrheit von Ansprüchen: an eine analoge Anwendung läßt sich zwar denken (27), doch werden innerhalb ein und desselben Anspruchs Lästigkeit, Fälligkeit, Sicherheit und Alter der Anspruchsteile stets identisch sein (28). Die Analogiebildung verspricht daher kaum sinnvolle Ergebnisse.

Im Regelfall wird es dem Gläubiger auch nicht gelingen, durch Darlegung (und Beweis) des gesamten Anspruchs sowie der Teilerfüllung in einer Art Subtraktionsverfahren die Begründung einer ausreichend bestimmten Klage zusammenzustellen. Der Streitgegenstand ist nämlich nur dann ausreichend substantiiert vorgetragen, wenn aus einem abgegrenzten Lebenssachverhalt ein bestimmter Antrag hergeleitet ist. Daran fehlt es aber hier, da nicht feststeht, ob eine Quote des Gesamtschadensersatzanspruchs oder die Entschädigung für gewisse Rechnungsposten gefordert wird. Dem Gläubiger selbst steht kein, auch kein subsidiäres Anrechnungsbestimmungsrecht zu (29).

Auch hier wurden also offensichtlich unbewußt prozessuale Zulässigkeitserwägungen zur Ausschaltung einer unpassend erscheinenden materiell-rechtlichen Norm herangezogen. Verkannt wird dabei, daß das Bestimmtheitserfordernis nur den Streitgegenstand sowie den späteren Umfang der Rechtskraft abgrenzen soll, also eine prozeßrechtliche Funktion hat.

27) so für rechtlich verselbständigte Anspruchsteile: MüKo-Heinrichs, Rz. 2 zu § 366 BGB.

28) s.o. § 1 II 2 b aa zu § 366 BGB; § 1 II 3 zu Teilklage.

29) so richtig Schmalzl, VersR 1965, 423 f.

Sozusagen als Merkposten ist festzuhalten: Jede Teilleistung, die in Ausnahme zu § 266 BGB zulässig sein soll, muß verbunden sein mit einer Verrechnungsbestimmung des Schuldners, aus der hervorgeht, ob er den gegen ihn geltend gemachten Anspruch anteilig erfüllt oder auf gewisse, genau zu bezeichnende Unterposten leistet. Die andernfalls beträchtlichen prozessualen Schwierigkeiten des Gläubigers stellen einen Rechtsnachteil dar, der allein die Ausübung des Ablehnungsrechts nach § 266 BGB begründet.

b) Teilleistungen als vorweggenommene Leistungen auf ein Teilanerkenntnisurteil

Die von einigen vertretene Auffassung, der Gläubiger müsse eine Teilleistung schon deshalb akzeptieren, weil der Schuldner im Prozeß jederzeit gegen den Willen des Gläubigers ein Teilanerkenntnisurteil erreichen könne, ist aus mehreren Erwägungen heraus abzulehnen.

Der Meinungsstreit um das Antragserfordernis des § 307 Abs. 1 ZPO ist in diesem Zusammenhang wenig fruchtbar: Die auf viele einleutende Erwägungen gestützten Lösungsvorschläge von Heyn und Mes (30) führen häufig dazu, daß das Teilanerkenntnis im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung in ein entsprechendes Geständnis umgedeutet wird. Mit diesem Geständnis ist regelmäßig teilweise Entscheidungsreife im Sinne von § 301 ZPO erreicht, der Weg zu einem Teilurteil ist offen (31).

30) vgl. oben § 4 II 2 c.

31) unrichtig Knöpfel, ZZP 68, 450 (458) und teilweise Heyn, NJW 1957, 1140 (1141): der auf streitigem Urteil beharrende Kläger ist nicht säumig, sondern verhandelt, wie hier Thomas-Putzo, Anm. 4 a zu § 307 ZPO. Boetticher erklärt nicht, was bei dauernder Passivität des Klägers zu geschehen hat: JZ 1954, 243 (244).

Falsch ist es auch, die Zulässigkeit von Teilleistungen gegen den Willen des Gläubigers auf den im Teilurteil zugesprochenen Teil einer Forderung anzunehmen (32). Solange der Gläubiger das Teilurteil nicht ausnützen will - und dies ist für § 266 BGB von Interesse - hat der Schuldner keine Möglichkeit, eine entsprechende Teiltilgung zu erzwingen.

Selbst wenn diese Auffassung abgelehnt wird, geht es nicht an, dem für den Gläubiger günstigen prozessualen Institut des Teilurteils eine Vorwirkung zu seinen Lasten beizulegen und sein materielles Ablehnungsrecht wegen der Möglichkeit von Teilurteilen nicht mehr anzuerkennen (33). - Diese Sicht führte in letzter Konsequenz zu einer Verwässerung materieller Rechte durch zu erwartende prozessuale Gegebenheiten: Schwer beweisbare Ansprüche dürften dann auch nicht mehr als berechtigt anerkannt werden.

c) Die Rechtsstellung des Schuldners hinsichtlich der Auswahl des Prozeßstoffs

Daß der Gläubiger - nur beschränkt durch das prozessuale Bestimmtheitsgebot - jederzeit einen Teil eines Anspruchs einklagen und so sein Gerichtskostenrisiko von vorneherein beschränken und vorherberechnen kann, wird allgemein anerkannt. Nach manchen soll nun aber auch der Schuldner und potentielle Beklagte eine vergleichbare Möglichkeit haben, das Kostenrisiko zu schmälern, insbesondere Unstreitiges aus dem Prozeß herauszuhalten (34).

32) s.o. § 13 III.

33) gegen eine Vorwirkung auch Baumgärtel, VersR 1970, 969 (1972).

34) Baumgärtel, a.a.O., 973/974; Staudinger-Selb, Rz. 12 zu § 266 BGB.

Diese Auffassung ist m.E. schon aus rein prozeßrechtlichen Erwägungen heraus abzulehnen, denn sie verkennt die ausschlaggebende Funktion der Klageschrift für den Zivilprozeß: "Sie" - gemeint ist die Klageschrift - "muß aber auch den Streitgegenstand bestimmen, also die Grundlage schaffen, auf der sich das Verfahren, insbesondere die Verhandlung und Entscheidung aufbaut; das Gericht muß wissen, worüber es entscheiden soll, der Beklagte, welche Entscheidung verlangt ist." (35)

Das von Selb (36) angenommene Recht des Schuldners auf prozeßökonomische Ausgestaltung des Rechtsstreits kann sich daher nur innerhalb des rechtshängigen Verfahrens auswirken, nicht aber bei der Auswahl des überhaupt erst anhängig zu machenden Prozeßstoffs. Diese obliegt dem Kläger. In den herkömmlichen Grundsätzen des Zivilprozeßrechts findet sich kein Recht des Beklagten, nicht mit überflüssigen und unbegründeten Klagen behelligt zu werden. Geschützt wird der Beklagte anders: Der Kläger trägt regelmäßig die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, gelingt ihm nicht der volle Nachweis, wird seine Klage kostenpflichtig abgewiesen. - Gegen überflüssige Klagen schützt den Beklagten bei sofortigem Anerkenntnis das Kostenprivileg des § 93 ZPO.

d) § 93 ZPO: die Kostentragung bei einer Klage über den gesamten Anspruch nach Ablehnung einer Teilleistung

aa) Der Ausgangspunkt

Daß kostenrechtliche Nachteile, mögen sie auch noch so unbillig erscheinen, nicht unmittelbar zu einer Aufhebung einer privatrechtlichen Rechtsposition führen können, ergibt sich aus der

35) Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 38 I.

36) Staudinger-Selb, Rz. 12 zu § 266 BGB.

Aufgabe des Prozesses, das materielle Recht aufzuzeigen und durchzusetzen. Dazu kommt, daß die herkömmliche Regelung der Prozeßkosten wohl auch aus prozeßrechtlicher Sicht nicht als einzig denkbare Lösung anzusehen ist. Eher muß wohl umgekehrt argumentiert werden: Führt eine Kostenregel dazu, daß die Durchsetzung eines Anspruchs unverhältnismäßig teuer wird oder die Abwehr einer nicht berechtigten Forderung kostspieliger und unbequemer ist als ihre Erfüllung - so ist das Kostenrecht zu modifizieren.

Trotzdem könnte die kostenrechtliche Lage nach der Zurückweisung einer Teilleistung für den Schuldner so ungünstig sein, daß diese Ablehnung als rechtswidrig angesehen werden muß, dies etwa dann, wenn der Gläubiger keine nennenswerten Vorteile hat.

bb) Die Kostenverteilung nach einer Ausübung des Zurückweisungsrechts

Zuerst ist festzustellen, ob die allgemein angenommene, dem Schuldner ungünstige Kostenlage nach der Ablehnung einer Teilleistung mit §§ 91 ff. ZPO übereinstimmt: Erster Grundsatz der Kostenverteilung ist: Die Kosten fallen - gegebenenfalls anteilsmäßig - dem Verlierer zur Last, §§ 91, 92 ZPO (37). Die Einschränkung zu dem Obsiegensgrundsatz ist in § 93 ZPO geregelt: Fehlende Klageveranlassung und ein sofortiges Anerkenntnis führen zur Kostentragung durch den obsiegenden Kläger. Kriterium ist dabei die Überflüssigkeit der Klageerhebung gegen einen leistungswilligen Schuldner. Sie läßt es angebracht erscheinen, ausnahmsweise dem Prozeßgewinner die Kosten aufzuerlegen.

37) § 92 Abs. 2 ZPO, wonach ein Teilunterliegen des Klägers keine Kostenfolgen hat, wenn seine Zuvielforderung geringfügig war bzw. die genaue Ermittlung der Forderungshöhe aufgrund richterlichen Ermessens erfolgt, ist für die weitere Untersuchung von Bedeutung.

§ 93 ZPO soll nun gerade nicht anwendbar sein (38), soweit ein einer vorprozessual angebotenen Teilleistung entsprechendes Teilanerkenntnis abgegeben wird.

Begründet wird dies teilweise damit, § 93 ZPO erfasse - anders als § 307 ZPO - schon dem Wortlaut nach nicht Anerkenntnisse über einen Anspruchsteil (39). Der Gesetzgeber habe also das Teilanerkenntnis kostenmäßig nicht privilegieren wollen. Diese Auffassung ist im Kontext der §§ 91 ff. nicht vertretbar: Ebenso wie ein teilweises Obsiegen bei der Kostentragung Berücksichtigung findet, muß grundsätzlich auch ein Teilanerkenntnis privilegiert werden. Die abweichende Auffassung führte auch dazu, daß Teilanerkenntnisse kaum mehr abgegeben würden, da ja keine Aussicht auf Kostenvorteile bestünde. Auch § 307 ZPO liefe insoweit leer.

Eine weitergehende Frage ist es, ob im Rahmen des § 93 ZPO ein gegen § 266 BGB verstoßendes Teilanerkenntnis über die vorprozessual zurückgewiesene Teilleistung anerkannt werden kann. Allgemein wird das Anerkenntnis rein prozessual gedeutet, als eine der Reaktionsmöglichkeiten des Schuldners auf die erhobene Klage (40). Nur eine dem materiellen Recht völlig unbekannte oder gar ausdrücklich verbotene Rechtsfolge kann danach nicht Gegenstand eines wirksamen Anerkenntnisses sein. Auch für die Zulässigkeit eines Teilanerkenntnisses können regelmäßig nur prozessuale Kriterien - ähnlich wie bei der Teilklage - gefordert werden, so die nötige Bestimmtheit und Substantiierung des anerkannten Teils (§ 253 ZPO analog) sowie seine Selbständigkeit (analog § 301 ZPO) (41). - Die von Mes zusätzlich ge-

38) vgl. o. § 3 IV.

39) OLG Oldenburg NidrsRpfl 1965, 39 (40); SchlHOLG SchlHA 1978, 172; Roidl, NJW 1968, 1866.

40) Rosenberg-Schwab, § 87 III 5 b, § 134 IV 1, 2; Thomas-Putzo, Anm. 1 zu § 307 ZPO; Jauernig, ZivilprozeßBrecht, § 47 IV m.w.N.;
anders: OLG Schleswig DAVorm 1979, 177 f.

41) s.o. § 4 II 1, 2.

forderte "rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht" ist ein unpassendes materiell-rechtliches Kriterium (42): die abschnittsweise Erfüllung ist weder generell verboten noch im materiellen Recht unbekannt. Mes geht freilich von der falschen Annahme aus, ein Teilanerkennnisurteil bewirke eine entsprechende Annahmepflicht für den Kläger.

Gewichtiger ist das Argument, wer nur eine Teilleistung anbiete, gebe weiterhin Veranlassung zur Klage über die gesamte Forderung (43). Richtig ist daran zunächst, daß nach der auf § 266 BGB gestützten Abweisung einer Teilleistung die gesamte Leistung aussteht. Nach der allgemein anerkannten Definition (44) liegt die Veranlassung zur Klage in einem vorprozessualen Verhalten des Schuldners, aus dem der Kläger vernünftigerweise schließen muß, er komme ohne Klage nicht zu seinem Recht. Danach ist die Erforderlichkeit eines Titels und der damit verbundenen Vollstreckungsmöglichkeit ausschlaggebend - so wie sie sich dem Kläger darstellte - nicht jedoch, ob sich der Beklagte in jeder Hinsicht pflichtgetreu und korrekt verhalten hat. Daß der bestrittene Forderungsteil gerichtlich geklärt werden muß, insoweit also Klagveranlassung besteht, ist offenkundig. Ob aber die Verwirklichung des gesamten Anspruchs auch einen Titel über die Gesamtforderung erforderlich macht, erscheint fraglich: Der Gläubiger kann bei der Ablehnung den Schuldner darauf verweisen, den angebotenen Teil zusammen mit dem noch bestrittenen Restbetrag zu erbringen, sein in § 266 BGB geschütztes Interesse an einer einmaligen Leistungserbringung somit wahren.

42) Mes ZJP 85, 344/345.

43) Thomas - Putzo, Anm. 3 a zu § 93 ZPO; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 2 B zu § 93 ZPO; Staudinger-Selb, Rz. 1 zu § 266 BGB; LG Mainz VersR 1972, 78 (80).

44) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 3 zu § 93 ZPO; Thomas-Putzo, Anm. 3 a zu § 93 ZPO.

Daß der Schuldner unter Umständen mit der Gesamtleistung in Verzug geraten ist, etwa wenn er bösgläubig nur einen Teil anbot (45), ist unerheblich: Bezüglich des angebotenen Teils bestand eine ernsthafte - in dem Angebot manifestierte - Leistungsbereitschaft, der Schuldnerverzug wurde insoweit nur durch die Ablehnung seitens des Gläubigers ausgelöst. Die Klageerhebung über diesen Teil muß in der Regel als überflüssig betrachtet werden.

Die angeblich häufiger eintretende Tatsache, daß der Schuldner aus Verärgerung über das Teilurteil den vorher anerkannten Teil nicht mehr erfüllen will (46), verändert diese Beurteilung der Klageveranlassung nicht. Diese ist ja nach dem vorprozessualen Verhalten des Beklagten vorzunehmen, nicht nach seinem möglichen späteren Vorgehen.

Prozessual kann der Gläubiger eine zulässige Teilklage über die nicht angebotene Restforderung sowie Verzugszinsen über die Gesamtforderung anhängig machen: Der Klageantrag sollte zur Verdeutlichung den Hinweis auf das freiwillig Angebotene enthalten, etwa in folgender Form: "Über den freiwillig vom Schuldner angebotenen Betrag von DM ... hinaus" (47).

Unzulässig ist eine solche Teilklage nur, wenn der Schuldner sein Teilangebot nicht mit einer Verrechnungsbestimmung versehen hat; dann kann der Gläubiger den Klageantrag nicht ausreichend bestimmt stellen, denn er selbst kann die Verrechnung nicht vornehmen (48). Es muß Klageveranlassung über die gesamte Forderung angenommen werden. Ist dagegen eine ausreichende Substantiierung möglich, stehen einer Teilklage auch keine prozessualen Erschwernisse im Weg (49).

45) s.o. § 10 IV.

46) Boennecke, MDR 1954, 83; Schuler, NJW 1954, 518 (519).

47) Boennecke, a.a.O., S. 84; Schuler, a.a.O., S. 520; Stephani, MDR 1954, 277 (278).

48) vgl. o. § 14 I 4 a.

49) vgl. o. § 14 I 4 a.

Entgegen der h.A. kann also § 93 ZPO zugunsten des Schuldners, dessen Teilangebot vom Gläubiger zurückgewiesen wurde, Anwendung finden. Die - nach der Erforderlichkeit eines Titels zu beurteilende - Klageveranlassung fehlt bezüglich des angebotenen Teils immer dann, wenn der Gläubiger eine zulässige Teilklage über die Restforderung anhängig machen kann. Die ernsthafteste Leistungsbereitschaft des Schuldners, nicht die allgemeine Rechtmäßigkeit seines Vorgehens gibt den Ausschlag.

e) Zuständigkeit und Instanzenzug

Nach Ablehnung einer Teilleistung wird für den folgenden Rechtsstreit der Streitwert höher. Daraus mag eine abweichende sachliche Zuständigkeit resultieren, denn in vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert über DM 5.000 ist bereits das LG zuständig. Mittelbaren Einfluß hat die Höhe des Streitwerts auch auf den für die Statthaftigkeit von Rechtsmitteln ausschlaggebenden Beschwer dewert. Bei einer Beschwer unter DM 700 entfällt jedes Rechtsmittel, erst bei einer Beschwer über DM 40.000 ist die Revision auch ohne Zulassung gegeben.

So wichtig diese Fragen im konkreten Fall für die Parteien auch sein mögen: § 266 BGB wird dadurch weder im Sinne einer besonders extensiven, noch im Sinne einer besonders restriktiven Anwendung beeinflußt. Die Höhe von Zuständigkeitsstreitwert und Beschwer dewert ist schon prozeßrechtlich nicht als zwingend anzusehen. Sie beruht auf reinen Praktikabilitätserwägungen sowie der Vermutung, daß mit zunehmendem Streitwert schwierigere Rechtsfragen verknüpft sind. Logisch unumgänglich und allgemeingültig ist diese Beobachtung nicht, wie schon die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen zeigen (50).

-
- 50) Mietstreitigkeiten können erhebliche rechtliche Schwierigkeiten aufweisen, sind aber generell den Amtsgerichten zugewiesen, § 29 a ZPO.

Auch hier ist schließlich zu beachten, daß nicht die materielle Rechtslage, sondern der in der Klageschrift behauptete Anspruch den Streitwert festlegt. Manipulationen des Gläubigers in diesem Bereich hat er mit Kostennachteilen zu bezahlen. Schon aus diesem Grunde ist es abzulehnen, daß eine Rückwirkung auf die materiellen Rechtspositionen nach § 266 BGB eintreten soll (51). - Im Übrigen wird der Beklagte durch die landgerichtliche Zuständigkeit bzw. die Möglichkeit, weitere Instanzen mit dem Rechtsstreit zu befassen, nach weitverbreiteter Ansicht eher begünstigt (52).

5) Zusammenfassende Kritik an den Argumenten, die eine Beschränkung des § 266 BGB über den Grundsatz von Treu und Glauben begründen sollen

Die in Literatur und Rechtsprechung gegebenen Begründungen sind zu schwach, um die vom Gesetzgeber als Regelfall angesehene Treuwidrigkeit des Schuldners durch Teilerfüllung zu überlagern und in eine Treuwidrigkeit des Gläubigers durch Ausübung des Ablehnungsrechts zu verkehren:

Soweit Erwägungen des materiellen Rechts angeführt sind, sind diese entweder falsch, wie die Annahme, bei teilweise bestrittenen Forderungen sei die Erbringung einer Teilleistung keine Belästigung des Gläubigers. Teilweise stützen sie sich auf nicht in allen Fällen tragfähige oder mehrdeutige Überlegungen: Die Geringfügigkeit des ausstehenden Rests und die Bestrittenheit als solche.

-
- 51) Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 9 II, 72 III; Rosenberg-Schwab, § 32 I 2 b.
52) Rosenberg-Schwab, a.a.O.

Daß sich in all den nicht tragfähigen Argumenten ein oft berechtigt erscheinendes Unbehagen an der umfassenden Anwendbarkeit des § 266 BGB äußert, darf nicht zu einer vorschnellen Anwendung des "beherrschenden" § 242 BGB führen: Gerade der Einwand von Treu und Glauben muß ja durch individuelle, sachlich tragfähige Argumente begründet werden (53). Vorrangig ist jedoch in allen Fällen die von der h.L. arg vernachlässigte Auslegung der einzuschränkenden Norm.

II) Kritik an den Befürwortern einer strengeren Anwendung des § 266 BGB

1) Kein vorschnelles Ausweichen vor der Wortlautauslegung

Es ist Rother und Roidl (54), insbesondere aber Boetzingen (55) zuzuschreiben, daß die Vorgehensweise der Rechtsprechung als methodisch nicht zufriedenstellend kritisiert wurde, und erstmals wieder der Wortlaut des § 266 BGB als Ausgangspunkt jeder Prüfung herausgestellt wurde.

2) Inkonsequenz in der Weiterverfolgung dieses Ansatzes

Diese Autoren haben aber nicht - wie es konsequent gewesen wäre - eine genauere Auslegung des § 266 BGB versucht, insbesondere auch keine Auseinandersetzung mit dem Leistungsbegriff. Vielmehr begnügten sie sich mit der Forderung, der Wortlaut der Norm habe Beachtung zu finden. I.ü. wird lediglich versucht, die ausnahmerefreundlichen Argumente der Rechtsprechung zu widerlegen.

53) s.o. § 14 I 2 a.

54) Rother, NJW 1965, 1749 ff.; Roidl, NJW 1968, 1865 ff.

55) Boetzingen, VersR 1968, 1124.

3) Die Sachargumente

a) Das "Rabattargument"

Rother's Rabattargument ist eine überzeugende Bildhaftigkeit und Vorstellbarkeit nicht abzusprechen (56). Andererseits wird seitens der Haftpflichtversicherungen immer wieder betont, gerade bei kleineren Ersatzforderungen sei man sehr großzügig, denn der Verwaltungsaufwand für eine genaue Überprüfung und einen eventuellen Rechtsstreit sei enorm (57). - Unabhängig von diesen tatsächlichen Fragen gilt jedoch für das Rabattargument das Gleiche wie für das Spitzenbetragsargument, dessen Widerlegung es darstellt. Die wirtschaftliche Geringfügigkeit der ausstehenden Restforderung ist weder zu Lasten des Gläubigers noch zu Lasten des Schuldners anzuführen, denn eine Differenzierung nach der Größe der Anteile ist in § 266 BGB nicht angelegt.

b) Die prozessualen Argumente

Auch die Wendung der prozeßkostenrechtlichen Argumente zugunsten des ablehnenden Gläubigers ergibt keine Begründung für eine besonders strenge Anwendung des § 266 BGB, sondern ist durch die Eigenheiten des Prozeß- und Prozeßkostenrechts bedingt: Das von Rother behauptete Recht des Gläubigers, eine teilweise streitige Forderung in ganzer Höhe einzuklagen, ergibt sich aus der bestimmenden Funktion der Klageschrift (58); das von Boetzing (59) dargelegte Recht, den streitigen Teil zu den günstigeren degressiven Gebührenstufen einzuklagen, aus der kostenrechtlichen Rechtslage. Die Zulässigkeit der Ablehnung einer

56) Rother, NJW 1967, 1751.

57) Ruhkopf, VersR 1960, 13; Baumgärtel, VersR 1970, 969.

58) Rother, NJW 1967, 1751.

59) Boetzing, VersR 1968, 1124.

Teilleistung nach § 266 BGB vermögen diese Argumente nicht zu untermauern.

Soweit Roidl noch ausführt, die anfallenden Gerichtsgebühren würden bei einer weitgehenden Einschränkung des Ablehnungsrechts zu niedrig, weil regelmäßig auch bei einer Klage über den ausstehenden Rest der gesamte Anspruch bewiesen und überprüft werden müsse, verkennt er das Wesen der Gerichtsgebühren: weder sollen sie kostendeckend sein, was sich nach der pauschalierten Berechnung nach Streitwert, und nicht nach tatsächlichem Arbeitsanfall ergibt - auch eine Streitigkeit über einen ganz niedrigen Streitwert kann rechtlich und tatsächlich schwierig liegen-, noch sollen sie in einem festen Verhältnis zum Streitwert stehen, was die Degression in den Gebührentabellen beweist (60).

60) Roidl, NJW 1968, 1865.

4. Kapitel

Der eigene Lösungsvorschlag zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des § 266 BGB

§ 15) Das systematische und teleologische Argument: Anwendbarkeit des § 266 BGB auf gesetzliche und rechtsgeschäftliche Ansprüche

Vorrangig ist die Untersuchung, ob § 266 BGB Anwendung sowohl auf rechtsgeschäftliche als auch auf gesetzliche Ansprüche findet. Davon sind die weiteren Erörterungen ja abhängig. Die herrschende Auffassung geht von der umfassenden Anwendbarkeit der Norm aus (1).

Es finden sich im Kontext der Normen über die Leistungsmodalitäten reine Auslegungsregeln, wie § 269 Abs. 2, § 271 Abs. 2 BGB. Für auf Gesetz beruhende Ansprüche ergeben sich auch Leistungs-ort und -zeit selbst oft aus der anspruchsbegründenden Norm; §§ 269 Abs. 1, 271 Abs. 1 BGB haben hier dann nur verweisende Bedeutung. Auch die überlieferten frühen Beispielsfälle der Teileerfüllung (2) beruhen auf rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen.

Für eine umfassende Anwendung spricht das allgemeine systematische Argument (3), daß sich § 266 BGB im Allgemeinen Teil des Schuldrechts findet. Allein für sich genommen ist es freilich wenig überzeugend, gerade weil im Regelungszusammenhang die genannten Auslegungsregeln stehen. Entscheidend ist die teleolo-

1) s.o. § 1 III 2.

2) vgl. die in § 5 behandelten Digestenstellen; die Erörterung im Bundesrat, Jakobs-Schubert zu § 266 BGB; RG SeuffA 61, 264; OLG Hamburg SeuffA 41, 941.

3) vgl. o. § 1 III 2.

gische Begründung: Sinn und Zweck der Regelung (4) - die Vermeidung von Belästigungen des Gläubigers - sind nicht auf Verträge beschränkt. Ein Kondiktionsanspruch, eine Forderung auf Aufwendungsersatz oder Schadensersatz sind in der Frage dieser Belästigung nicht anders zu beurteilen als etwa der Anspruch auf Zahlung eines Kaufpreises. Da bei den speziellen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen eine dem § 266 BGB entsprechende Norm fehlt, kann unbedenklich auf die allgemeine Regelung zurückgegriffen werden.

§ 16) Der Begriff "Teilleistung" des § 266 BGB

I) Die Heranziehung des Leistungsbegriffs der §§ 362 ff. BGB

Wie es allgemein anerkannt ist (1), muß für die Auslegung des Leistungsbegriffs auf die §§ 362 ff. BGB zurückgegriffen werden. Zwar wird, wie Wieacker nachwies (2), der Terminus Leistung im BGB manchmal im Sinne von Leistungshandlung, an anderen Stellen im Sinne von Leistungserfolg verwendet. Im Rahmen des § 266 BGB muß von der zweiten Bedeutung ausgegangen werden: Eine Regelung im Allgemeinen Teil des Schuldrechts, die es untersagte, die Leistungshandlung abschnittsweise vorzunehmen, entbehrte jedes Sinnes. Häufig, etwa beim Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB, kommt schon dem Vertragsinhalt nach regelmäßig nur ein etappenweiser Vollzug der Leistungshandlung in Betracht. Auch in den anderen Fällen wird es den Gläubiger praktisch wenig interessieren und seine rechtlich geschützten Interessen nicht berühren, wenn der Schuldner in Abschnitten vorgeht: für den Käufer ist es meist

4) s.o. § 1 IV.

1) s.o. § 1 II 2 a, b.

2) Wieacker, Festschrift für Nipperdey I (1965), 783 ff.

unerheblich, ob die Kaufsache ohne Unterbrechung antransportiert wird, oder ob eine Zwischenlagerung erfolgt, solange sie rechtzeitig angeliefert wird, ob sie zerlegt oder zusammengesetzt ankommt, wenn vor der Übergabe die Montage erfolgt. Nur wenn eine Tätigkeit als solche geschuldet ist, etwa nach §§ 611 ff. BGB, wird es für den Gläubiger von Interesse, wie der Schuldner vorgeht.

Weiter folgt die Ableitung aus §§ 362 ff. BGB aus der Entwicklung des § 266 BGB (3), während die systematische Stellung der heutigen Regelung im Kontext der §§ 267-272 BGB keine klaren Schlüsse zuläßt (4).

II) Die in § 266 BGB enthaltenen Verhaltenspflichten und Rechte

1) Die Verhaltensanforderungen an den Schuldner

Die Anwendung eines erfolgsbezogenen Teilleistungsbegriffs schließt an sich nicht aus, daß § 266 BGB selbst dem Schuldner eine Verhaltenspflicht auferlegt, etwa des Inhalts, den geschuldeten Erfolg nicht in Etappen herbeizuführen. Aus dem Grundsatz der Privatautonomie, spezieller der Vertragsabschlußfreiheit (5) ergibt sich aber, daß dem Schuldner ein - auch stillschweigender - Antrag auf Abänderung des Vertrags hinsichtlich der Leistungsmodalitäten oder auf Abschluß eines Vergleichs stets gestattet ist. Will er diesem Angebot dadurch Nachdruck verleihen, daß er auf eigene Kosten die Leistung, die er erbringen will, gleich mitübermittelt, so verbietet § 266 BGB dies nicht (6). Der Gläubiger ist durch ein gleichrangiges Ablehnungsrecht

-
- 3) vgl. insbesondere die systematische Stellung im Codex Maximilianeus, ALR, ABGB, OR - s.o. § 8.
 - 4) Nach herrschender Ansicht beziehen sich §§ 269, 271 BGB auf die Leistungshandlung.
 - 5) vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 4 I; Medicus, Schuldrecht I, § 10.
 - 6) vgl. o. Einleitung, S. 1/2.

hinreichend geschützt. Der Schuldner verhält sich pflichtgetreu, wenn er nach der Ablehnung durch den Gläubiger die volle geschuldete Leistung rechtzeitig und auch sonst korrekt anbietet.

Ebensowenig wird man etwa sagen können, § 269 BGB verbiete es dem Schuldner, an einen anderen als den vereinbarten Ort zu liefern: nimmt er, anderen Sinnes geworden, rechtzeitig einen Weitertransport vor, verhält er sich pflichtgerecht. Andernfalls macht er sich nach den Regeln über den Schuldnerverzug ersatzpflichtig. - Auch § 266 BGB stellt erst im Zusammenhang mit anderen Normen Verhaltensanforderungen auf. Verknüpft der Schuldner sein Teilangebot etwa mit einer ernsthaften endgültigen Leistungsverweigerung bezüglich des Rests, so ist sein Verhalten pflichtwidrig (7). - Leistet er den Teil zum Fälligkeitstermin oder gar erst danach, liegt gleichzeitig ein - zumeist verzugsbegründender - Verstoß gegen § 271 BGB vor. Liefert er ständig kleinste Bruchteile seiner Leistung an, um den Gläubiger zu schikanieren, mag ein Verstoß gegen §§ 242, 266 BGB in Betracht kommen.

Im Rahmen eines schon bestehenden Schuldverhältnisses erwachsen aus § 266 BGB daher nur sehr geringe Verhaltensanforderungen, die zudem zweifach bedingt sind:

- Der Gläubiger ist mit der Teilleistung nicht einverstanden und
- es kann aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nach der Ablehnung der Teilleistung nicht mehr zur korrekten Erfüllung des Schuldverhältnisses kommen.

Zu Recht setzt daher Dubischar (8) Anführungszeichen um den häufig verwendeten Begriff "Verbot" der Teilleistung. Es ist das

7) zum sog. breach of contract etwa Fikentscher, § 45 III 1.

8) Alt. Komm.-Dubischar, Rz. 1 zu § 266 BGB.

Zurückweisungsrecht des Gläubigers, das den Kern des § 266 BGB ausmacht. In anderen Kodifikationen ist diese Aussage klarer formuliert (9).

Dieser wenig eigenständige, nur über andere Normen vermittelte Pflichtengehalt des § 266 BGB wird immer dann überschätzt, wenn isoliert die Ausübung des Zurückweisungsrechts als schwere Belastung für den Schuldner angesehen wird. Die Untersuchung der dem Schuldner ungünstigen Rechtsfolgen, nämlich der §§ 284 ff. BGB im materiellen Recht und der prozeßrechtlichen Norm des § 93 ZPO, hat ergeben, daß stets noch andere Umstände wie Verschulden, § 285 BGB, oder mangelnde Anrechnungsbestimmung dazu-treten müssen (10). Die vermeintlich unbilligen Rechtsfolgen leiten sich nicht allein aus § 266 BGB her.

2) Das Ablehnungsrecht des Gläubigers - eine Besserstellung gegenüber seiner regelmäßigen Annahmepflicht

Regelmäßig trifft den Gläubiger keine selbständige Rechtspflicht, die ihm geschuldete Leistung anzunehmen. Dies ergibt sich daraus, daß die Regeln über den Gläubigerverzug keine Schadensersatzpflicht vorsehen (11). Kraft speziellerer Normen wie §§ 640 Abs. 1, 433 Abs. 2 BGB kann eine echte Annahmeverpflichtung vorgesehen sein, ebenso durch ausdrückliche Vereinbarung. Der Gläubiger ist dann gleichzeitig Schuldner (12). - Damit ist das Zurückweisungsrecht nach § 266 BGB nicht als Ausnahmerecht zu einer grundsätzlich bestehenden Verpflichtung anzusehen. Seine berechnete Ausübung verhindert lediglich den Eintritt des Annahmeverzugs. Gleichzeitig ist vorrangig vor einer Ausübung des

9) so in Art. 69 OR, 1415 ABGB - s.o. § 6 IV, V.

10) vgl. § 10 IV, § 14 I 4 d.

11) RGRK-Alff, Rz. 1 zu § 293 BGB; Staudinger-Werner, 10./11. A., Rz. 1 vor § 293 BGB.

12) RGRK-Alff, Rz. 1 zu § 293 BGB.

Ablehnungsrechts nach § 266 BGB zu klären, ob die Annahmepflicht des Gläubigers bereits besteht; ist dies nicht der Fall, kann der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen ohne jeden Rechtsnachteil die Annahme ablehnen (13).

III) Die Folgerungen aus dem erfolgsbezogenen Teilleistungsbegriff

Zwei Folgerungen sind aus der Herleitung des Teilleistungsbegriffs aus §§ 362 ff. BGB zu ziehen:

- (1) § 266 BGB gilt nur im Rahmen eines einzelnen Anspruchs, denn § 366 BGB setzt die Zulässigkeit einer Leistung auf einen von mehreren Ansprüchen voraus (14).
- (2) Eine Teilleistung liegt begrifflich nur dann vor, wenn das Angebotene ohne die Regelung des § 266 BGB oder bei Annahme durch den Gläubiger Teilerfüllungswirkung hätte (15).

Zunächst zur Abgrenzung parallel nebeneinander bestehender Ansprüche:

§ 17) Versuch der Abgrenzung nebeneinander bestehender Ansprüche in den typischerweise problematischen Fällen

I) Vorbemerkung: Bedeutung der Fragestellung außerhalb der Abgrenzung der §§ 266 und 366 BGB

Zur Klarstellung sei betont, daß hier nicht die unter dem Stich-

13) s.u. § 18 III 6.

14) s.o. § 1 II 2 b.

15) s.o. § 1 II 2 a.

wort Anspruchskonkurrenz erörterte Fragestellung von Interesse ist (1): Dort soll das deckungsgleiche Anspruchsziel ja nur einmal verwirklicht werden. Vielmehr geht es um die Einheit oder Vielzahl des oder der Ansprüche, deren Inhalt zweifelsfrei nebeneinander erfüllt werden muß, ein wenig erörtertes Problem (2), das aber für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 266 und 366 BGB gelöst werden muß.

Daß diese Fragestellung bisher kaum verfolgt wurde, bedeutet nicht, daß sie außer für die Anwendung der §§ 266, 366 BGB ohne praktische Bedeutung und daher nur als theoretische Nebenfrage von allgemeinerem Interesse ist:

Ob nur ein einziger oder mehrere Ansprüche nebeneinander vorliegen, ist z.B. immer dann im Bereich der Verjährung zu entscheiden, wenn unterschiedliche Fristen in Betracht kommen. Nach § 194 Abs. 1 BGB unterliegt "der Anspruch" der Verjährung; liegt ein einheitlicher Anspruch vor, ist daher nur eine einheitliche Verjährungsfrist denkbar, bei einer Mehrzahl zusammengehörender Ansprüche sind abweichende Fristen möglich. Umgekehrt bieten §§ 197 ff. BGB denn auch Anhaltspunkte für die dem Gesetz zugrunde liegenden Vorstellungen über die Abgrenzung von Ansprüchen (3).

Weiter hat die Frage Bedeutung für den Rang einer Forderung im Konkurs, §§ 60, 61 KO. Liegt ein Anspruchsteil vor, genießt er den Rang der privilegierten Forderung, zu der er gehört. Ein selbständiger Anspruch ist dagegen auch unabhängig einzuordnen.

-
- 1) vgl. nur Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz; Larenz, AT, § 14 IV 4; Staudinger-Dilcher, Rz. 15 ff. zu § 194 BGB.
 - 2) Larenz, AT, § 14 IV 3: "kumulative Normenkonkurrenz"; Staudinger-Dilcher, Rz. 18 zu § 194 BGB; häufiger die prozeßrechtlichen Erörterungen zur Klagenhäufung, vgl. nur Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 260 ZPO.
 - 3) s.u. § 17 III 1.

§ 62 KO regelt den Rang einiger häufig vorkommender "Nebenforderungen" ausdrücklich (4). - Entsprechendes gilt für Forderungen, die im Konkurs oder Vergleich ausgeschlossen sind, §§ 63 KO, 28 VerglO.

Ein als Gegenstand eines Theorienstreits bekannter und wohl auch praktisch nicht seltener Anwendungsfall der Anspruchsabgrenzung ist die sog. "gemischte Schenkung", bei der der Versprechensempfänger eine Leistung teils gegen Entgelt, teils unentgeltlich zugesagt bekommt (5). Ob er damit Inhaber zweier oder nur eines einzigen Anspruchs wird, ist zu klären, um das anwendbare Recht - §§ 433 ff. oder 516 ff. BGB - zu bestimmen. Im Vordringen sind die Auffassungen, die das konkrete Rechtsgeschäft wertend einordnen, nicht starr-schematische Lösungen verfolgen (6).

Für die Ausübung der Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 320 BGB sind Konnexität bzw. ein synallagmatisches Gegenseitigkeitsverhältnis der sich gegenüberstehenden Forderungen Voraussetzung. Unselbständige Teile eines konnexen/synallagmatischen Anspruchs erfüllen diese Anforderung stets; eigenständige Ansprüche müssen getrennt auf ihre Konnexität bzw. Gegenseitigkeit untersucht werden. Denkbar sind etwa folgende Fallgestaltungen: Die Kaufsache ist verspätet geliefert, jedoch der Verzugsschaden noch nicht ersetzt. Sieht man den Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens als bloßen Bestandteil des Lieferungsanspruchs an, kann der Käufer ohne jede weitere Anforderung die Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320 BGB) erheben; die Gegenmeinung muß dagegen gesondert begründen, ob auch der Anspruch nach § 286 BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis steht (7). - Umgekehrt mag der Käufer ne-

4) s.u. § 17 IV, zur Terminologie: § 17 II.

5) Darstellung bei MüKo-Kollhosser, Rz. 26 ff. zu § 516 BGB.

6) Palandt-Putzo, Anm. 7 b zu § 516 BGB; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 381.

7) s.o. § 1 II 2 b bb mit Fn. 52; Gernhuber, § 8, 2, spricht sich ausdrücklich für Eigenständigkeit, aber Gegenseitigkeit aus.

ben dem Kaufpreis auch vom Verkäufer verauslagte Gebühren, Provisionen oder Nebenkosten schulden. Dann stellt sich die Frage, ob er vor der Lieferung den Gesamtbetrag nach § 320 BGB zurückhalten kann oder ob hinsichtlich der Nebenkosten lediglich ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ausgeübt werden kann.

Dagegen dürfte die ebenfalls umstrittene Frage, welche Leistungen der säumige Schuldner zur Beendigung des Schuldnerverzugs anzubieten hat (8), von der Abgrenzung nebeneinander bestehender Ansprüche unabhängig sein: Wann der Verzug endet, ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt; daher ist es mit normativ-wertenden Begründungen vertretbar, die Erfüllung anderer Ansprüche als des ausstehenden zu fordern.

II) Zur Terminologie

Die häufig verwendeten Ausdrücke "Hauptforderung" und "Nebenforderung" werden unabhängig davon gebraucht, ob ein einzelner oder mehrere Ansprüche angenommen werden. Wegen ihrer Mißverständlichkeit soll diese herkömmliche Bezeichnungsweise im folgenden Text vermieden werden.

III) Abstrakte Kriterien der Aufgliederung

1) Das Anspruchsziel als ungeeignetes Kriterium

Bei der Untersuchung der Fälle, in denen häufig auf rechtlichem oder tatsächlichem Gebiet eng miteinander verknüpfte Verpflichtungen entstehen, ist der Leistungsinhalt nicht das geeignete

8) Nachweise bei MüKo-Walchshöfer, Rz. 47 zu § 284 BGB; Schermer, JR 1971, 441 ff.; Eisenhardt, JuS 1970, 489 ff.

Kriterium zur Feststellung, ob ein oder ob mehrere Ansprüche vorliegen. Das Zusammentreffen gleichartiger geschuldeter Leistungsinhalte ist so häufig - man denke etwa an die Bezahlung von Kapital und Zinsen zum gleichen Zeitpunkt, an die Anlieferung gleichartiger Ware, die aufgrund zweier Bestellungen geschuldet war -, daß daraus keine Rückschlüsse auf die Zahl der zugrunde liegenden Ansprüche gezogen werden können.

Daher sind neben der bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen vorrangigen Auslegung des Parteiwillens (9) vor allem die gesetzlichen Regelungen zu untersuchen, die Folgerungen für die Abgrenzung nebeneinander bestehender Ansprüche zulassen.

2) Unterschiede im anspruchsbegründenden Sachverhalt oder in der Anspruchsgrundlage als Anhaltspunkt

Wesentlich klarere, wenn auch nicht stets eindeutige Ergebnisse erreicht man, wenn die Eigenständigkeit des Anspruchsgrundes - des Rechts im Sinne von § 194 BGB, des Schuldverhältnisses im Sinne von § 241 BGB - im tatsächlichen oder rechtlichen Bereich als entscheidend angesehen wird (10).

Stellt man darauf ab, daß unterschiedliche Anspruchsgrundlagen oder unterschiedliche anspruchsbegründende Tatsachen mehrere Ansprüche begründen, so ergeben sich für die problemlosen Fälle einsichtige und sinnvolle Lösungen:

Verkauft V dem K am 1.5. ein Auto, am 1.7. ein Stück Land, stehen wegen der unterschiedlichen anspruchsbegründenden Tatsachen

-
- 9) Gernhuber, § 8, 3, betont die Möglichkeit der Beteiligten, durch Vereinbarung mehrere Ansprüche zu einem einheitlichen zusammenzufassen.
- 10) so etwa Scherner, JR 1971, S. 443/444 für Verzugsschaden und Verzugszinsen.

(zeitlich auseinanderliegende Einigungen) dem V zwei Zahlungsansprüche zu; dies trotz der einheitlich in § 433 Abs. 2 BGB zu sehenden Anspruchsgrundlage. - Vereinbaren V und K dagegen gleichzeitig den Autokauf und ein Darlehen, so hat V wegen der unterschiedlichen Anspruchsnormen zwei Zahlungsansprüche auf Entrichtung des Preises und auf Rückerstattung des Kapitals.

In den schwierigen Fallgestaltungen ermöglicht dieser Lösungsansatz nicht stets zweifelsfreie Ergebnisse: Insbesondere die Abgrenzung, ob ein oder mehrere anspruchsbegründende Sachverhalte vorliegen, ist im Einzelfall nicht einfach. Der erhebliche Sachverhalt muß von der möglicherweise einschlägigen Anspruchsgrundlage her abgegrenzt werden (11), ist also aus einen normativen Vorverständnis heraus zu entwickeln. Äußerlich verknüpfte Ereignisse sind danach oft nur schwierig aufzugliedern: V und K einigen sich gleichzeitig auf zwei Kaufgegenstände oder: Bei einem von S verursachten Unfall werden das Auto und ein mitgeführtes Gepäckstück des G vernichtet. Doch ist dieser Weg grundsätzlich tauglich, nebeneinander bestehende Ansprüche voneinander abzugrenzen. Die Parteilvereinbarungen sowie anderweitige gesetzliche Kriterien ergeben gerade in den schwierigen Fällen zusätzliche Anhaltspunkte.

IV) Verhältnis von Geldschuld und dafür zu entrichtenden Zinsen

Es sind folgende gesetzliche Anhaltspunkte zu nennen: § 308 Abs. 1 S. 2 ZPO verbietet es ausdrücklich, im Urteil dem Kläger nicht beantragte Zinsen zuzusprechen. Für den Anspruchsbegriff und die Abgrenzung von Kapitalschuld und daraus resultierender Zinsforderung ist diese zivilprozessuale Aussage jedoch nicht verwend-

11) Larenz, Methodenlehre, Kap. 3, 1 mit Nachweisen.

bar, wie sich schon aus der Fassung des § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO ergibt. Das prozessuale Verbot des *ne ultra petita* berücksichtigt nicht die materielle Anspruchsabgrenzung, sondern geht ganz formal vom Klageantrag aus, dies z.B. auch, wenn von vornherein nur ein Anspruchsteil oder aber mehrere Ansprüche rechtshängig gemacht wurden (12).

Im Konkurs stehen nach § 62 Nr. 3 KO die bis zur Verfahrenseröffnung angefallenen Zinsen auf gleicher Rangstufe mit der Geldschuld. Diese Regelung sagt nichts aus über das vom Gesetzgeber vorgesehene Verhältnis der Verpflichtungen: sie mag Anspruchseinheit voraussetzen und nur den erheblichen Einschnitt der Konkursöffnung betonen; sie mag auch nötig sein, um für verschiedene Ansprüche im Konkurs eine einheitliche Behandlung zu erreichen.

Aus dem Hypothekenrecht läßt sich eine Unterscheidung zwischen gesetzlichen und vereinbarten Zinsen entnehmen: Die Hypothekenhaftung erstreckt sich auf gesetzliche Zinsen der gesicherten Forderung, § 1118 BGB, die Haftung für vertragliche Zinsen muß dagegen vereinbart und eingetragen sein, §§ 1119 Abs. 1, 1115 Abs. 1 BGB. - Für das Mobiliarpfandrecht fehlen derartige Bestimmungen. Eine Erstreckung der Haftung auf Zinsen jeder Art kommt nur bei entsprechender Einigung in Betracht. Aus diesen uneinheitlichen Regelungen kann kein klares Bild über die Vorstellungen des Gesetzgebers erschlossen werden.

Auch § 367 Abs. 1 BGB, in dem Kosten, Zinsen und "Hauptleistung" (so hier das Gesetz) als die "ganze Schuld" bezeichnet werden, bereitet Auslegungsschwierigkeiten:

Man kann die Bestimmung nämlich ebenso gut als Einschränkung des § 266 BGB wie als Einschränkung des § 366 BGB begreifen:

12) s.o. § 4 II 1.

Die systematische Stellung im Anschluß an § 366 BGB legt letzte-
re Folgerung nahe (13) und würde bedeuten, daß Kosten, Zinsen
und Hauptschuld als jeweils verschiedene Ansprüche begriffen
werden. Die erstgenannte Auslegung läßt sich auf die im Gesetz
verwendete Bezeichnung "die ganze Schuld" stützen und liefe in
Abweichung von § 266 BGB auf eine Annahmepflichtigkeit bei Ein-
haltung der im Gesetz vorgesehenen Anrechnungsreihenfolge hin-
aus. Vorzuziehen ist die systematische Auslegung im Sinne der
Annahme von Anspruchsmehrheit. Da das Gesetz den Begriff "Schuld-
verhältnis" teils eng im Sinne des Einzelanspruchs, teils im Sin-
ne des rechtlichen Gesamtgefüges zwischen Gläubiger und Schuld-
ner versteht (14), ist die Wortlautauslegung wenig zwingend.
Auch historisch war der jetzige § 367 BGB als Ausnahme zu § 366
BGB konzipiert: das dem Schuldner mehrerer Ansprüche nach § 366
BGB zustehende Anrechnungsbestimmungsrecht sollte bei der Ver-
rechnung auf Hauptschuld, Kosten und Zinsen gerade nicht gege-
ben sein (15). - Aus einer Gegenüberstellung der in § 396 Abs. 1
und Abs. 2 getroffenen Regelungen ergibt sich ebenfalls das Re-
gel-Ausnahme-Verhältnis von § 366 zu § 367: § 396 Abs. 1 wie-
derholt § 366 BGB für den Bereich der Aufrechnung, während
§ 396 Abs. 2 den § 367 BGB in Bezug nimmt. Eine allgemeine Re-
gel, die in Ausnahme zu § 266 BGB die isolierte Erfüllung der
als Anspruchsteile des Hauptanspruchs angesehenen Zinsen bzw.
Kosten gestattete, wäre überdies wenig sinnvoll: Vereinbarte
Zinsen sind häufig zu vertraglich genau festgelegten Zeitpunk-
ten zu leisten; der Anspruch auf gesetzliche Zinsen entsteht
zumeist erst mit oder nach der Fälligkeit des Kapitals, so daß
zwischen Zinsansprüchen in ihrem jeweiligen Verhältnis zum Haupt-
anspruch besonders in der Frage der Fälligkeit bedeutsame Unter-
schiede bestehen.

13) so Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 367 BGB; Staudinger-Kaduk,
11. A., Rz. 1 zu § 367 BGB; Gernhuber, § 8, 2.

14) Larenz, Schuldrecht I, § 2 V; Medicus, Schuldrecht I, § 1 III.

15) Mugdan, Recht der Schuldverhältnisse, Motive, S. 47/48,
Protokolle, S. 543.

Zinsforderungen sind selbständig abtretbar und pfändbar. Da auch Anspruchsteile abgetreten werden können, besagt dieser Umstand nichts.

Sehr viel detaillierter, aber auch komplizierter sind die verjährungsrechtlichen Regelungen: Zinsrückstände - d.h. alle nach Fälligkeit nicht geleisteten Zinsen - einschließlich der gleichzeitig als Zuschläge zu bezahlenden Tilgungsraten verjähren in vier Jahren, die getrennt zurückzuzahlende Hauptschuld dagegen nach den allgemeinen Regelungen, § 197 BGB. Das Gesetz stellt also den Grundsatz getrennter Verjährung von Hauptschuld und Zinsen auf, durchbricht ihn aber für die Fälle, in denen die Rückzahlung gemischter Raten (Zins sowie Tilgungsbeitrag) vereinbart ist. Für diesen Fall wird die einheitliche Verjährung der Einzelrate angeordnet.

Die verjährungsrechtliche Regelung dürfte die im Regelfall vorliegende wirtschaftliche Interessenlage der Beteiligten widerspiegeln, sie grenzt insbesondere die auf unterschiedlichen Anspruchsgründen beruhenden Verpflichtungen voneinander ab (16): Zinsen sind dann als unabhängig von der Geldschuld zu betrachten, wenn wie bei gesetzlichen Zinsen ihre Entstehung von einem Beteiligten allein, ohne Einflußmöglichkeit der anderen Seite veranlaßt wird: der einflußlose Partner ist bei Verzugszinsen der Gläubiger, bei Prozeßzinsen der Schuldner. Zu der Anspruchsgrundlage, nach der die Geldschuld zu erstatten ist, treten dann je eine zusätzliche Anspruchsgrundlage (z.B. §§ 288, 291 BGB) und neue anspruchsbegründende Tatsachen (der Verzug bzw. die Klageerhebung).

Ähnlich liegt es, wenn bei vereinbarten Zinsen Zinszahlung und Rückerstattung des Kapitals zeitlich unabhängig erfolgen sollen.

16) s.o. § 17 III 2.

Gerade die wirtschaftlich denkenden Parteien werden die Schulden dann trennen. Die Zinsen sind für den Gläubiger eine Quelle laufender Geldzuflüsse, für den Schuldner eine laufende Belastung. Das Darlehenskapital dagegen wird als langfristige Anlage betrachtet werden.

Ist dagegen eine allmähliche Tilgung durch Zuschläge zu den Zinsen, also die Erbringung gemischter Raten vereinbart, werden Gläubiger und Schuldner ihr Hauptaugenmerk jeweils auf die anfallenden Raten richten. Rechtlich besteht eine Annäherung an Dauerschuldverhältnisse (17).

Wegen dieser recht lebensnahen gesetzlichen Regelung ist die Anspruchsabgrenzung an § 197 BGB auszurichten, die genannten übrigen Normen sind für eine Verallgemeinerung zu wenig aussagekräftig: Kapital und Zinsen sind nur dann als einheitliche Schuld zu betrachten, wenn vereinbart wurde, die Tilgung jeweils durch einen Zuschlag zu den Zinsen voranzutreiben. Jede der gemischten Raten ist dann aufgrund eines Einzelanspruchs geschuldet. Gleiches gilt, wenn Kapital und Zinsen in einem Gesamtbetrag zu begleichen sind. Im übrigen bilden Zinsen und die zugrundeliegende Geldforderung isolierte Ansprüche. Sind vereinbarte Zinsen ratenweise zu erbringen, ist jede Rate Gegenstand eines eigenen Anspruchs.

Aus § 201 BGB läßt sich nichts Entgegenstehendes entnehmen. Die Regel, daß der normale Verjährungsbeginn (§ 198 BGB) auf den Schluß des Jahres, in dem er eintritt, verschoben wird, soll ja nur die Kontrolle des Verjährungsablaufs erleichtern, nicht aber materielle Verbindungen zwischen den solchermaßen in Jahresblöcken gemeinsam verjährenden Ansprüchen schaffen (18).

17) s.o. § 1 II 2 b bb.

18) Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 201 BGB; Erman-Hefermehl, Rz. 1 zu § 201 BGB; Soergel-Augustin, Rz. 1 zu § 201 BGB.

Auch § 224 BGB kann den eben aus § 197 BGB entwickelten Grundsätzen nicht entgegengehalten werden. Zwar wird hier eine verjährungsrechtliche Akzessorietät von "Hauptanspruch" und Zinsen hergestellt, der Verjährungsablauf für die Hauptschuld soll auch die getrennt davon ablaufende Verjährung für die Zinsen beenden. Der Anspruch auf die von der Geldschuld abhängigen Zinsen und der auf sonstige Nebenleistungen wird aber in der Bestimmung ausdrücklich als getrennter Anspruch angesehen. § 224 BGB bezweckt mehr eine Rechtsfrieden schaffende Regelung für extrem gelagerte Fälle, denn eine allgemeingültige, ja verallgemeinerbare Aussage: Ist die Hauptschuld verjährt, sollen auch alle getrennt, zumeist ohnehin kürzer verjährenden Zinsschulden verjährt sein - nicht aber wird damit der Zinsanspruch in die Hauptschuld einbezogen (19).

V) Das Verhältnis der Kostenschuld zum zugrundeliegenden Anspruch

1) Materiell-rechtliche Kosten

Auch für das Verhältnis des Kostenanspruchs zur zugrundeliegenden Forderung ist die konkursrechtliche Regelung (§ 62 Nr. 1 KO) aus den oben angeführten Gründen wenig aussagekräftig. Die Regelung im Hypothekenrecht, wonach die Haftung für die Kosten nur nach Einigung und Eintragung entstehen kann, deutet auf zwei Ansprüche hin. Auch § 367 BGB ergibt ein deutliches Indiz dafür, daß im Verhältnis der Kosten zu der zugrundeliegenden Forderung mehrere Ansprüche vorliegen (20).

19) Erman-Hefermehl, Rz. 1 zu § 224 BGB.

20) s.o. § 17 IV.

M.E. ist ausschlaggebend, daß die ausdrückliche Vereinbarung einer Kostenschuld im tatsächlichen Bereich eine eigene Willensbildung und Einigung der Parteien erfordert. Die anfallenden Kosten sollen eben nicht mit der Begleichung der zugrundeliegenden Verpflichtung abgegolten sein, sondern getrennt erstattet werden.

Daher sehe ich die Kostenschuld als selbständigen Anspruch an.

2) Gerichtskosten

Der Anspruch auf Erstattung verauslagter Gerichts- und Anwaltskosten ist stets gegenüber dem zugesprochenen Anspruch selbständig. Er beruht auf einem eigenen Rechtsgrund (§ 91 Abs. 1 S. 1 ZPO) und entsteht auch tatsächlich unabhängig von dem eingeklagten Anspruch, aufschiebend bedingt mit Rechtshängigkeit, endgültig mit Rechtskraft.

VI) Vertragsforderung und Vertragsstrafe

Auch für das Verhältnis von Vertrags- und Vertragsstrafanspruch zueinander erlaubt § 62 Zr. 2 KO keine sicheren Aufschlüsse. Zwar wird eine Vertragsstrafenabrede in aller Regel bereits beim Vertragsabschluß getroffen werden und entfällt bei rechtlicher Unwirksamkeit der Hauptschuld (21). Dieser äußere und rechtliche Zusammenhang ändert nichts daran, daß eine spezielle Einigung nötig ist. Überdies vollendet sich der Anspruch auf die Vertragsstrafe erst bei Eintritt eines vertragswidrigen Verhaltens einer Seite. Wegen dieser einseitigen Abhängigkeit ist der Strafanspruch als eigenständig anzusehen.

21) sog. unselbständige Vertragsstrafe, Palandt-Heinrichs, Anm. 1 b zu § 339 BGB.

VII) Verhältnis des überfälligen Anspruchs zum Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens

Das Verhältnis des überfälligen zu dem Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens läßt sich nicht durch eindeutig zwingende begriffliche Ableitungen klären:

Entscheidend dürfte wieder sein, daß der Entstehungsgrund von Hauptanspruch und Verzugsschadensersatzanspruch voneinander unabhängig sind, dies in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Rechtsgrund für den Ersatzanspruch sind §§ 286, 326 BGB, für den verzögert erfüllten Anspruch dagegen ein Vertrag oder eine allgemeine gesetzliche Anspruchsgrundlage. Der Ersatzanspruch beruht auch auf anderen Tatsachen, nämlich der verzögerten Leistungserbringung. - Auch der Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens ist also eigenständig.

VIII) Schicksal des Primäranspruchs bei Teilunmöglichkeit

Wird die Erfüllung eines Anspruchs durch Verschulden des Schuldners teilweise unmöglich, ohne daß die Voraussetzungen von § 280 Abs. 2 S. 1 BGB vorliegen, bleibt der primäre Erfüllungsanspruch, soweit noch erfüllbar, bestehen, der unmöglich gewordene Restanspruch wird durch Schadensersatz abgegolten. Auch hier muß stets von einer Aufspaltung des ursprünglichen Anspruchs in zwei Ansprüche ausgegangen werden: Bei dem Sekundäranspruch liegt gegenüber dem Hauptanspruch eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung, eben die Unmöglichkeit vor; auch im BGB sind die Anspruchsgrundlagen getrennt voneinander geregelt.

IX) Verhältnis mehrerer rückständiger Raten eines Dauerschuldverhältnisses zueinander

Gerät der Schuldner mit mehreren geschuldeten Raten aus einem Dauerschuldverhältnis in Verzug (er zahlt etwa Miet- und Pachtzins für mehrere Monate nicht), kann man daraus modellhaft zwei Weiterentwicklungen ableiten (22).

Mit Hilfe der verjährungsrechtlichen Vorschriften läßt sich die Frage, ob ein einheitlicher Anspruch entsteht, nicht lösen: Aus den genannten Gründen dürften insbesondere §§ 196 Nr. 6, 197, 201 BGB nicht heranzuziehen sein, da sie lediglich eine technische Vereinfachung des Verjährungsrechts darstellen (23). Das Getrenntbleiben der Ansprüche, nicht ihr Zusammenwachsen zu Jahresgruppen, muß zum Ausgangspunkt genommen werden, der erst durch besondere Argumente zu erschüttern ist.

Rechtliche Argumente lassen sich nicht finden: Zwar mag sich die rein wirtschaftliche Sicht des Gläubigers bei Rückständigkeit mehrerer Raten u.U. zu einer Gesamtbetrachtung verschieben, nämlich dann, wenn er die eingehenden Raten nicht ausgeben, sondern anlegen wollte, so daß er nach Ausbleiben mehrerer Raten nur noch die fehlende Gesamtsumme im Auge hat. Diese subjektive Sicht des Gläubigers kann jedoch nicht ausschlaggebend sein. Rechtlich können ganz verschiedene Gründe für die Nichterbringung der einzelnen Raten vorgelegen haben, auch liegt hinsichtlich der Verzugszinsen und des Verzugssschadens eine eigene Entwicklung vor.

Es ist daher falsch, getrennte Einzelansprüche aus einem Dauerschuldverhältnis als bei Rückständigkeit zusammenwachsend anzusehen. Die Gläubiger muß die Erfüllung einer einzelnen Rate zur

22) s.o. § 1 II 2 b bb.

23) s.o. § 17 IV; vgl. Staudinger-Kaduk, 11. A., Rz. 7 zu § 366 BGB.

Meidung des Gläubigerverzugs annehmen, der Schuldner hat das Verrechnungsbestimmungsrecht des § 366 BGB.

X) Gleichzeitig vereinbarte Leistungsverpflichtungen

Über die schon beschriebenen Ansätze hinaus lassen sich hierzu keine allgemeingültigen Regeln aufstellen. Die Auslegung der Vereinbarung, insbesondere wohl die Zweckbindung der nebeneinander zu erbringenden Leistungen, sind entscheidend (24). Bei der Lieferung mehrerer Gegenstände kann überdies die Wertung des § 469 S. 2 BGB herangezogen werden: sind sie "zusammengehörend", also für eine Partei nur unter Nachteilen trennbar, liegt ein einziger Anspruch vor. Dagegen wird eine Bestellung voneinander unabhängiger Einzelgegenstände etwa aus einem Versandhauskatalog mehrere Ansprüche begründen.

XI) Die Aufgliederung der aus einem komplexeren Schadenser- eignis erwachsenden Ersatzansprüche (Beispiel: Verkehrs- unfall)

1) Die sog. Schadensgruppen als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt soll die von der Rechtsprechung entwickelte Unterscheidung in fünf Schadensgruppen sein (25). Betont sei nochmals, daß die in einigen Entscheidungen anzutreffende Aufgliederung nicht Fälle des § 266 BGB betraf. Erst Wussow (26) befürwortete entgegen Dörfelt (27) eine Verallgemeinerung.

24) s.o. § 1 II 2 b bb u. 17 III 1.

25) s.o. § 1 II 2 b bb.

26) Rz. 970.

27) S. 62 ff.

Als Einzelansprüche werden von der Rechtsprechung angesehen: Ersatz des Körperschadens, Ersatz des Sachschadens, Schmerzensgeld, Erwerbsausfall, vermehrte Bedürfnisse. Diese Aufteilung ergibt sich zwar nicht zwingend aus den in §§ 194, 241 BGB zu findenden Legaldefinitionen, wird davon aber auch nicht widerlegt (28).

2) Sachschaden - Körper- und Gesundheitsschaden - Schmerzensgeld

Richtig ist es, wenn aus der Verletzung verschiedener absoluter Rechtsgüter des gleichen Trägers unabhängige Ansprüche hergeleitet werden. Die in § 823 Abs. 1 BGB und in § 7 StVG gemachten Aufzählungen sind nur eine vereinfachende Zusammenfassung verschiedener Anspruchsgrundlagen. Daß Sach- und Körperschaden im Rahmen desselben natürlichen Schadensereignisses entstanden sind, ist schon deshalb unerheblich, weil bei zeitlich gestreckten Unfallabläufen die Grenzziehung schwierig und auch wenig sinnvoll ist. Auch eine laienhafte Betrachtung wird Körper- und Sachschäden strikt auseinanderhalten.

Aus dem gleichen Grund ist der Schmerzensgeldanspruch als isolierter eigenständiger Anspruch anzusehen: Unabhängig von der formalen Selbständigkeit der Anspruchsgrundlage ist der immaterielle Schaden ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal (29).

28) s.o. § 17 III 1.

29) vgl. Dörfelt, S. 44 ff.

3) Vermögensfolgeschäden

a) Allgemeines

Die Vermögensfolgeschäden, etwa die Nebenkosten einer Reparatur oder Heilung, die konkrete Nutzungsentschädigung, der merkantile Minderwert, sind im Rahmen deliktischer und Gefährdungshaftung dem Anspruch zuzurechnen, aus dem sie sich ergeben: Da hier der Ersatz des Vermögensschadens durch die Verletzung eines absoluten Rechtsguts vermittelt sein muß, kann insoweit keine Eigenständigkeit angenommen werden. Die Kosten für die Fahrt zum Arzt sind unselbständige Unterposten des Anspruchs auf Ersatz der Heilungskosten, die Kosten der Telefonate zur Werkstatt bloße Berechnungsposten des Anspruchs auf Ersatz des Sachschadens. Hier kommt § 266 BGB also zur Anwendung.

Differenzierter sind vertragliche Schadensersatzansprüche zu bewerten, die freilich in der Praxis hinsichtlich der Anwendung des § 266 BGB noch keine Probleme aufwarfen: Erfüllt auf der Ebene der anspruchsbegründenden Tatsachen ein einheitlicher Vorgang den Tatbestand einer einzigen Anspruchsgrundlage, sei es einer gesetzlichen, wie § 538 BGB, sei es einer gewohnheitsrechtlichen, wie der Grundsätze der culpa in contrahendo oder positiven Forderungsverletzung, ist ein Einzelanspruch anzunehmen, der gegebenenfalls viele verschiedene Schadensunterposten umfaßt. Anders dagegen, wenn die gesetzliche Anspruchsgrundlage nur Ersatz für die sog. unmittelbaren Schäden gewährt, der sog. Mangelfolgeschaden aber über die positive Forderungsverletzung abgedeckt wird. Dies wird etwa für § 463 BGB überwiegend angenommen (30). Dann sind zwei voneinander unabhängige Anspruchsgrundlagen nebeneinander erfüllt, es liegen entsprechend zwei unabhängige Ansprüche vor.

30) Darstellung bei Palandt-Putzo, Anm. 26 vor § 459 BGB.

b) Die Behandlung des Ersatzes für vermehrte Bedürfnisse und Erwerbsausfall, §§ 842, 843 BGB

Zu untersuchen ist unter diesem Gesichtspunkt noch die von der Rechtsprechung im Rahmen der Haftung aus unerlaubter Handlung und aus Gefährdung vorgeschlagene Ausgliederung der Ansprüche auf Ersatz für vermehrte Bedürfnisse und Erwerbsausfall, §§ 842, 843 Abs. 1 BGB.

Trotz der formal getrennten Regelung liegt ein Unterfall eines Vermögensfolgeschadens nach einem Körperschaden vor: § 842 BGB stellt auf der Rechtsfolgeseite klar, daß der Erwerbsausfall ein Vermögensfolgeschaden ist und enthält keine eigenständigen Merkmale (31). § 843 BGB umschreibt - ebenfalls ohne eigenständige anspruchsbegründende Elemente - die Art und Weise der Erfüllung der Schadensersatzschuld (32). Auszugehen ist daher von einem unselbständigen Unterposten des Anspruchs auf Ersatz des Körperschadens, was bei einer Kapitalabfindung bedeutet, daß sie zur Erfüllung des gleichen Anspruchs wie die Heilungskosten zu leisten ist. Die bei einer Verrentung aus dem Stammrecht entstehenden einzelnen Rentenleistungen sind dagegen wie in jedem Dauerschuldverhältnis voneinander unabhängig (33).

Häufig wird bezüglich des Erwerbsausfalls eine cessio legis oder eine rechtsgeschäftliche Abtretung an den Entgeltfortzahlungspflichtigen in Betracht kommen, was wegen des Gläubigerwechsels dann eine Verselbständigung des Anspruchsteils herbeiführt. Eine Vorwirkung im Sinne einer grundsätzlichen Verselbständigung vermag die Möglichkeit der Zession schon deswegen nicht zu entfalten, weil ja auch Anspruchsteile zedierbar sind (34).

31) Larenz, Schuldrecht I, § 29 II d.

32) Larenz, a.a.O.

33) s.o. § 1 II 2 b bb.

34) s.o. § 1 II 3.

Daß Erwerbsausfall und vermehrte Bedürfnisse grundsätzlich durch Rentenzahlung auszugleichen sind, also ein dynamisches Element miteinfließt, führt praktisch dazu, daß eine eigenständige Berechnung vorgenommen werden muß: Ist der Heilungsprozeß vorläufig abgeschlossen, sind die dafür zu leistenden Ersatzzahlungen zumeist einfach zu bemessen; dagegen gehen in die Berechnung von Rente und Kapitalabfindung Zukunftsprognosen, etwa über die Entwicklung der Lebenshaltungskosten, den weiteren Heilungsverlauf und die beruflichen Aussichten des Verletzten ein - verfahrensrechtlich besteht sogar die Möglichkeit einer Abänderung eines rechtskräftigen Titels, § 323 ZPO. Diese Besonderheiten bei der praktischen Berechnung sind freilich nicht geeignet, den grundlegenden Anspruch auf Ersatz des Körperschadens aufzuspalten. Auch die einzelnen Unterposten eines Anspruchs auf Ersatz des Sachschadens werden häufig unterschiedlich berechnet, etwa wenn der Sachwert nach § 287 Abs. 1 ZPO geschätzt wird, während die Nebenkosten feststehen.

Aus den genannten Gründen ist es abzulehnen, daß der Anspruch auf Ersatz vermehrter Bedürfnisse als gegenüber dem auf Ersatz des Erwerbsausfalls eigenständig angesehen wird (35). Diese Aufspaltung mag für die Frage der kongruenten Deckung im Versicherungsrecht von Bedeutung sein. Die im Rahmen des § 266 BGB entscheidende Abgrenzung nach Ansprüchen ist unabhängig von der Zielsetzung von Versicherungsleistungen vorzunehmen.

§ 266 BGB kommt hier freilich nur in den Fällen der Kapitalabfindung, § 843 Abs. 3 BGB, in Betracht; nur dann hat der Schädiger ja sofort mit den übrigen Schadensposten auch Erwerbsausfall und vermehrte Bedürfnisse zu ersetzen.

35) vgl. Dörfelt, S. 38 ff.

4) Der teilkausale Mitverschuldenseinwand als Beispiel einer nur gegen einen Anspruchsteil durchgreifenden rechtshindernden Einwendung

a) Die Fallkonstellation des § 21 a StVO

Das Nichttragen von Sturzhelm oder Sicherheitsgurt wird seit Inkrafttreten des § 21 a StVO allgemein als schadensbegründendes Mitverschulden im Sinne von § 254 Abs. 1 BGB anerkannt (36). Da zumeist nur gewisse Verletzungen, insbesondere im Kopfbereich, durch das Unterbleiben der Schutzvorkehrungen begünstigt werden, wird das Mitverschulden auch nur bezüglich dieser Verletzungen berücksichtigt (37).

Die rechtshindernde Einwendung (38) des Mitverschuldens betrifft dann also nur einige Schadensposten des an sich als einheitlich zu betrachtenden Anspruchs auf Ersatz des Körperschadens.

b) Verselbständigung der betroffenen Schadensposten durch eine teilkausale rechtshindernde Einwendung?

Eine rechtshindernde Einwendung läßt den von ihr betroffenen Anspruch entweder gar nicht oder doch zumindest nur in dem durch sie abgesteckten Rahmen entstehen. Ersteres gilt etwa für die Einwendung der Geschäftsunfähigkeit, zweiteres regelmäßig für den Mitverschuldenseinwand. In Anlehnung an die bekannte strafrechtliche Bezeichnung kann man rechtshindernde Einwendungen als negative Tatbestandsmerkmale ansehen, deren Nichteingreifen bei

36) BGHZ 74, 25 ff.; LG Mainz VersR 1979, 1133; BGH NJW 1980, 2125; BGH NJW 1983, 1380; Staudinger-Medicus, Rz. 114 zu § 254 BGB; Palandt-Heinrichs, Anm. 3 a ee zu § 254 BGB.

37) BGH NJW 1980, 2125; BGH VersR 1979, 369; BGH VersR 1979, 1104; Kuckuk, DAR 1980, 4/5.

38) str., für Einrede: Kuckuk, DAR 1980, 4; Einwendung: MJKo-Grunsky, Rz. 89 zu § 254 BGB; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 748.

der Anspruchsbejahung stillschweigend vorausgesetzt wird (39).

Dennoch wäre es wohl zu begrifflich, den anspruchsbegründenden Sachverhalt nach der unterschiedlichen Mitverantwortung des Geschädigten aufzuspalten in mehrere Sachverhalte und danach zwei nebeneinander bestehende Ersatzansprüche anzunehmen. Es beruht letztlich auf Zufälligkeiten, auf welche Verletzungen das während des gesamten Schadensereignisses vorliegende obliegenheitswidrige Verhalten des Geschädigten Auswirkungen hat. Eine natürliche Betrachtungsweise wird die Körperschäden, die eine Person durch einen Unfall erleidet, stets im Zusammenhang sehen. Die unterschiedliche Mitverantwortungsquote beeinflusst daher nicht die Anspruchsabgrenzung, sondern lediglich die Höhe einzelner Anspruchsunterposten.

§ 18) Die Teilleistung als minus zum geschuldeten Erfolg

I) Das jeweilige Schuldverhältnis als Maßstab

Der Umfang des Geschuldeten ist der Maßstab dafür, ob eine Teilleistung oder eine Gesamtleistung vorliegt. Dies gilt unabhängig von dem Theorienstreit über die Rechtsnatur der Erfüllung (1). Selbst wenn die Anhänger der reinen Vertragstheorie Einigung über die Erbringung und Annahme als Erfüllung fordern, bewirkt diese Einigung bei einer Teilleistung nur eine Teilerfüllungswirkung. Soll die Teilleistung dagegen nach dem Inhalt der Einigung die volle Erfüllung herbeiführen, liegt mehr als ein Erfüllungsvertrag vor, nämlich eine Abänderung des zu erfüllenden Schuldverhältnisses oder eine Annahme an Erfüllungs Statt.

39) ähnlich Medicus, Bürgerliches Recht, Rz. 734; Lange-Köhler, § 15 III 2 a.

1) Darstellung bei Larenz, Schuldrecht I, § 18 I.

Auch Irrtümer eines oder beider Beteiligten über den Umfang des Geschuldeten beeinflussen die bloße Teilerfüllungswirkung von Teilleistungen nicht (2). Erst das Bewirken der gesamten Leistung führt regelmäßig zum Erlöschen des Anspruchs.

Die Feststellung der genauen Quantität des Geschuldeten ist für die exakte Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal "Teilleistung" daher vorrangig. Das jeweilige Schuldverhältnis ordnet auch den Umfang der geschuldeten Leistung an (3):

II) Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse

1) Die Ergebnisse der Auslegung

Hier muß der Schuldumfang zunächst durch eine Auslegung der Vereinbarung ermittelt werden; fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, mag eine ergänzende Vertragsauslegung, §§ 133, 157, 242 BGB, weiterhelfen. Wichtig sind hier auch ergänzende gesetzliche Regelungen, wie §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB, 354 Abs. 1 HGB.

Die Auslegung kann direkt Art und Umfang der geschuldeten Leistung ergeben, dies dann, wenn diese bestimmt vereinbart ist, so bei einer Stückschuld. - In manchen Fällen einer unbestimmten Abmachung kann auch der für § 266 BGB wichtige Leistungsumfang noch offen sein:

2) s.o. § 1 II 2 a cc; § 2 I 1 a.

3) Dies gilt als so selbstverständlich, daß es eher beiläufig erwähnt wird: Staudinger-Kaduk, 11. A., Rz. 2 zu § 362 BGB; MüKo-Kramer, Rz. 5, 8 ff. zu § 241 BGB; Larenz; Schuldrecht I, § 1, 6 II; Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 241 BGB.

2) Die Fälle relativer Unbestimmtheit

Beinhaltet die Abmachung eine Gattungsschuld (4), so liegt relative Unbestimmtheit des Schuldinhalts vor, die erst durch die Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB behoben wird. Relativ unbestimmt sind auch die selteneren Vereinbarungen einer Wahlschuld, §§ 262 ff. BGB, oder einer facultas alternativa.

In all diesen Fällen betrifft die relative Unbestimmtheit jedoch nicht den Umfang des Geschuldeten: Bei der Gattungsschuld ist die zu erbringende Menge exakt verabredet. Die Wahlschuld erlaubt dem Wahlberechtigten, die facultas alternativa dem Ersetzungsberechtigten die Auswahl aus jeweils für sich bestimmten Alternativen.

3) Das Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315 ff. BGB

Anders dagegen, wenn der Vertrag ein Leistungsbestimmungsrecht nach §§ 315 ff. BGB vorsieht oder ein solches Recht aus § 316 BGB folgt: Hier kann gerade auch die Höhe der Schuld unbestimmt und als erst durch den Bestimmungsberechtigten bestimmbar vereinbart sein.

Bestimmungsberechtigt können Schuldner, Gläubiger oder ein Dritter sein. Zur Ausführung der Bestimmung können ihm in der Vereinbarung gewisse Maßstäbe vorgegeben sein, im Zweifel hat sie nach billigem Ermessen zu erfolgen, § 316 Abs. 1, § 319 Abs. 1 BGB. Auch eine Bestimmung nach freiem Belieben ist zulässig, allerdings setzen § 138 BGB und § 242 BGB hier der Ausübung Grenzen (5).

-
- 4) Darstellung der relativen Unbestimmtheit bei Staudinger-Medicus, Rz. 13 ff. zu § 243 BGB.
 - 5) Larenz, Schuldrecht I, § 6 II; Medicus, Schuldrecht I, § 21 II 2, III 3.

4) Nichtigkeit des Vertrags bei Ausbleiben der Bestimmung

Läßt sich durch Auslegung, Konkretisierung, Wahl oder Ausübung des Bestimmungsrechts keine bestimmte Leistung ermitteln, wird der zugrundeliegende Vertrag als nichtig angesehen (6). Die höchstens relative Unbestimmtheit, mindestens aber die Bestimmbarkeit im Sinne der §§ 315 ff. BGB sind danach unverzichtbare Mindestanforderungen an ein wirksames Rechtsgeschäft. Dem ist nicht nur aus praktischen Gründen zu folgen - ein Anspruch unbestimmten Inhalts wäre nicht zu verwirklichen. Auch die grundlegenden Normen über die einzelnen Vertragstypen, wie §§ 433, 611, 631 BGB, gehen von eindeutig bestimmten Leistungen aus.

In den Fällen einer relativ unbestimmt oder bestimmbar vereinbarten Schuld sieht das Gesetz weitgehende Regelungen dafür vor, daß es zur Bestimmtheit kommt: Die Konkretisierung der Gattungsschuld fällt mit der Leistungshandlung des Schuldners zusammen, sie ist als solche einklagbar, § 243 Abs. 2 BGB. Die Wahl des Wahlberechtigten kann durch die des anderen Partners ersetzt werden, §§ 263, 264 BGB. Unterbleibt die Ausübung des Bestimmungsrechts, sehen §§ 315 Abs. 3 S. 2, 319 Abs. 1 S. 2 BGB eine richterliche Ersetzung vor. Diese ist nur dann unzulässig, wenn dem Bestimmungsberechtigten freies Ermessen eingeräumt wurde. In diesem Fall ist das Rechtsgeschäft nichtig, § 319 Abs. 2 BGB.

Die erkennbare Tendenz des Gesetzes, die Bestimmung eines unbestimmt vereinbarten Leistungsinhalts zu fördern, hängt mit deren Notwendigkeit für die reibungslose Vertragsdurchführung zusammen:

6) RGZ 85, 289 (291); 124, 81 (83); BGHZ 55, 248 (250); Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b zu § 241 m.w.N.; Larenz, Schuldrecht I, § 6 II.

5) Die Bestimmung als Voraussetzung der Leistung

"Wirklich geleistet werden kann nur etwas Bestimmtes " (7) - §§ 362 ff. setzen gegebenenfalls voraus, daß das Bestimmungsrecht bereits ausgeübt wurde. Der Leistungserfolg, der zu erbringen ist (8), muß eindeutig festliegen. Stets im Rahmen von § 243 Abs. 2 BGB und häufig bei einem Wahlrecht, einer facultas alternativa oder einem Leistungsbestimmungsrecht des Schuldners werden zwar Leistungserbringung und Vornahme der Bestimmung in einer Handlung zusammenfallen; am logischen Vorrang der Bestimmung ändert dies nichts: Erfüllungsfähig wird der Anspruch erst nach der Vornahme der Bestimmung.

6) Bedeutung der Bestimmung für § 266 BGB

Für § 266 BGB kann nur ein Bestimmungsrecht nach §§ 315 ff. BGB Auswirkungen haben: Hat der Gläubiger oder ein Dritter etwa das Recht, die Höhe eines Entgelts festzulegen, kann der Schuldner vor der Vornahme dieser Bestimmung im eigentlichen Sinne nicht erfüllen: Auch die Regelungen über die Leistungsmodalitäten passen erst nach dieser Bestimmung - für eine Anwendung des § 266 BGB wäre vorher nur Raum, wenn die angebotene Summe mit Sicherheit unter dem der Auswahl des Bestimmungsberechtigten vorgegebenen Rahmen liegt.

Freilich wird regelmäßig bereits die Vertragsauslegung ergeben, daß der Gläubiger vor der Vornahme der Bestimmung die Angebote des Schuldners abweisen kann. Die Verabredung eines Bestimmungsrechts wird mangels anderer Vereinbarung dahin auszulegen sein,

7) Crome, § 146; ähnlich über Gattungsschuld: Medicus, Schuldrecht I, § 19 IV.

8) Wieacker, Festschrift für Nipperdey I (1965), S. 790.

daß die Parteien auch Erfüllungbarkeit und Fälligkeit der Forderung frühestens mit der Ausübung dieses Rechts eintreten lassen wollten. Zwingend ist dies bei der Fälligkeit, denn eine Verpflichtung zur Leistungserbringung läuft leer, solange niemand den geschuldeten Erfolg kennt. Im Zweifel ist aber auch der Gläubiger nicht gehalten, später anzurechnende "Vorleistungen" des Schuldners anzunehmen, da er dann ja eine Verpflichtung von ihm eventuell lästigen Abrechnungen und zum Rücktransport aufgebürdet bekommt. Es wird dem regelmäßigen Parteiwillen eher entsprechen, die Vornahme der Bestimmung als Voraussetzung von Erfüllungbarkeit und Fälligkeit anzusehen. Vollwirksam wird der Anspruch erst zu diesem Zeitpunkt.

Ergibt die Auslegung dagegen eine Verpflichtung des Schuldners, schon vor der Vornahme der Bestimmung später anzurechnende Vorleistungen zu erbringen, so kommt die Heranziehung des § 266 BGB nicht in Betracht: Die abweichende Vereinbarung verdrängt die dispositive Norm.

III) Schuldverhältnisse, die auf Gesetz beruhen

1) Die Problemstellung

Es ist nun zu untersuchen, ob eine der gemachten Unterscheidung zwischen bestimmten und nur bestimmbaren Leistungsinhalt ähnliche Unterscheidung auch bei auf Gesetz beruhenden Schuldverhältnissen getroffen werden muß. Wäre diese Frage zu bejahen, könnte auch bei gesetzlichen Ansprüchen mit noch unbestimmtem Inhalt erst nach der Vornahme der Bestimmung im Sinne der §§ 362 ff. BGB erfüllt werden. Auch ein sicherer Maßstab, was Teilleistung, was Gesamterfüllung ist, wäre erst dann vorhanden. Damit ist der Gang der Untersuchung vorgezeichnet: Zuerst ist nach gesetzlichen Ansprüchen, deren Ziel im Gesetz nur unbestimmt angege-

ben ist, zu suchen. Als nächstes ist zu klären, wie und insbesondere durch wen die Bestimmung des Leistungsumfangs vorgenommen wird. Zuletzt ist die Frage der Anwendbarkeit des § 266 BGB vor der Vornahme der Bestimmung zu erörtern.

Zur Frage der Bestimmtheit der Leistung werden fast ausschließlich Ausführungen über rechtsgeschäftliche Ansprüche gemacht (9). Soweit Brox (10) darlegt, rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse unterlägen dem Bestimmtheitsgebot, ist das nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Inhalt und der Umfang einer auf Gesetz beruhenden Leistung unbestimmt sein und bleiben könnte. Die praktischen Erwägungen, die die Eindeutigkeit des Geschuldeten erfordern, und die Regeln über die Erfüllung, die nur auf einen feststehenden Leistungserfolg passen, gelten ja gleichermaßen für alle Arten von Ansprüchen. Vielmehr ist die allgemein wohl stillschweigend gemachte Prämisse, daß bereits das Gesetz mit Bestimmtheit sage, was geschuldet sei, zu untersuchen.

Die augenfälligste Besonderheit gesetzlicher Ansprüche liegt darin, daß im Gesetz selbst nur ganz selten eine bezifferte oder wenigstens errechenbare Rechtsfolge angeordnet ist. Letzteres kann man etwa von Kostenerstattungsansprüchen nach §§ 91 ff. ZPO sagen. Meistens ist der Umfang des Geschuldeten mit abstrakten Begriffen oft sehr unbestimmter Art umschrieben. Der Schädiger muß unter Umständen eine "billige Entschädigung in Geld" leisten, § 847 BGB, der Vertreter ohne Vertretungsmacht "Schadensersatz", § 179 Abs. 1 BGB, der nichtberechtigt Verfügende muß das "Erlangte", § 816 BGB, herausgeben. Die mit diesen Beispielen oft im konkreten Einzelfall verknüpften Berechnungsschwierigkeiten machen deutlich, wie kompliziert die Umsetzung der ab-

9) vgl. nur Crome, § 146; Erman-Sirp, Rz. 5 zu § 241 BGB sowie die in § 18 I mit Fn. 3 genannten Fundstellen.

10) Brox, Schuldrecht, § 5 I.

strakten gesetzlichen Rechtsfolgenanordnung in eine konkrete, praktisch erfüllbare Leistung sein kann.

2) Die Bestimmtheit der Rechtsfolgenanordnung bei Schadensersatzansprüchen

Für die Gebiete der deliktischen und der Gefährdungshaftung, die bei der Anwendung des § 266 BGB die meisten Fragen aufwerfen, lassen sich zwei gegenläufige Tendenzen feststellen, die sich im einzelnen Schadensfall fast immer kreuzen:

a) Bestimmtheit der Höhe des geschuldeten Ersatzes,
§§ 249-253 BGB

Nach den Grundprinzipien der §§ 249 ff. BGB soll mit Abschluß der Schadensentwicklung auch der genaue Umfang des zu Ersetzenden eindeutig festliegen und durch eine Berechnung ermittelbar sein. Ganz einsichtig ist dies bei den vom Gesetz als vorrangig betrachteten Formen der Naturalrestitution, §§ 249 S. 1, 249 S. 2, eventuell auch 250 S. 2 BGB (str.) (11). Geschuldet ist danach entweder die Herstellung genau des Zustandes, der ohne das Schadensereignis bestünde, oder exakt die Summe, die der Geschädigte benötigt, um diesen Zustand selbst herzustellen bzw. herstellen zu lassen.

Der Grundsatz der Naturalrestitution hat auch Folgewirkungen im Bereich des Geldersatzes, §§ 251, eventuell 250 BGB, der als Geldwertschuld geschuldet ist. Die erforderliche Umrechnung des eingetretenen Schadens in einen zu ersetzenden Geldbetrag wird

11) unentschieden: Palandt-Heinrichs, Anm. 2 zu § 250 BGB;
für Geldersatz: Erman-Sirp, Rz. 1 zu § 250 BGB;
für Unterfall der Naturalrestitution: Frotz, JZ 1963, 391
(394) m.w.N.

nach dem Prinzip der Totalreparation durchgeführt: Betrachtet wird das Vermögen des Geschädigten vor und nach Eintritt des Schadensereignisses, unter ausschließlicher Berücksichtigung der äquivalent verursachten Schadensfolgen; zu ersetzen ist der stets eindeutige Betrag der Wertdifferenz (12). §§ 252, 842 BGB stellen klar, daß auch entgangener Gewinn sowie Erwerbsnachteile in die Berechnung miteinzubeziehen sind, § 842 BGB schafft diese Klarstellung für die vermehrten Bedürfnisse. Vergleichbar ist auch § 10 Abs. 1 StVG. - Mit dem Grundsatz der Naturalrestitution sowie der Differenzbetrachtung sollte ein stets zu einem eindeutigen Ergebnis führender Ermittlungsvorgang für die Berechnung des Umfangs des zu leistenden Ersatzes vorhanden sein. "Die Schöpfer des BGB glaubten ... die Feststellung eines Vermögensschadens sei eine rein empirische Rechenoperation." (13)

Die in § 253 BGB angeordnete Regelung belegt diese Absicht des Gesetzgebers recht plastisch: Geldersatz für immaterielle Schäden sollte eben deswegen grundsätzlich ausgeschlossen sein, weil eine eindeutige Umrechnung in einen Geldbetrag unmöglich erschien (14).

Ein abweichendes Modell der Schadensberechnung sieht etwa Art. 44 al. 2 OR für leicht fahrlässig verursachte Schäden vor, derartige Vorschläge wurden auch für das BGB bereits erörtert (15).

12) Die Differenzberechnung wird sehr angegriffen, vgl. nur Honseil, JuS 1973, 69 ff.;

Als Ausgangspunkt wird sie zumeist doch akzeptiert, MüKo-Grunsky, Rz. 6 vor § 249 BGB m.w.N.; Esser-Schmidt, § 31 II.

13) Gottwald, S. 241.

14) Motive und Protokolle, Mugdan, S. 12, 515; MüKo-Grunsky, Rz. 1 zu § 253 BGB.

15) vgl. § 255 a des Entwurfs des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften (Abdruck bei Esser-Schmidt, § 30 II).

b) Mögliche Fälle unbestimmter Schadensersatzansprüche

Die dem Schadensrecht zugrundeliegende Vorstellung ist zweifach durchbrochen:

- (1) Das Gesetz selbst bzw. in richterlicher Rechtsfortbildung anerkannte Anspruchsgrundlagen sehen in einigen Fällen eine Ersatzberechnung vor, die nicht auf den Prinzipien der Totalbetrachtung und Differenzberechnung beruht. Diese Fälle von in den Anspruchsgrundlagen selbst angelegten Uneindeutigkeiten sind als erstes zu untersuchen.
- (2) Zudem bereitet auch im Rahmen der eindeutigen Berechnungsart die Ermittlung der tatsächlichen Werte objektiv erhebliche, auch für den Sachverständigen oft unlösbare Probleme, wenn es um eine eindeutige Feststellung geht. Diese Schwierigkeiten sind im materiellen Schadensrecht nur in § 252 S. 2 BGB berücksichtigt, außerdem im Verfahrensrecht. Auch sie haben Auswirkungen auf die Erfüllungsfähigkeit des Anspruchs, da durch sie auch die herkömmliche Differenzierung im Einzelfall zu nicht eindeutigen Ergebnissen gelangt (16).

Die Anspruchsgrundlagen, bei denen nicht Differenzrechnung und Totalbetrachtung angewandt werden können, haben in jüngster Zeit an praktischer Bedeutung gewonnen (17). In Frage kommen nach dem Gesagten alle Anspruchsnormen, die in Ausnahme zu § 253 BGB Geldersatz für die Beeinträchtigung immaterieller Güter gewähren, sowie jeder dem Mitverschuldenseinwand ausgesetzte Anspruch, denn auch § 254 BGB durchbricht den Grundsatz

-
- 16) Die Bedeutung des § 252 S. 2 BGB ist im Streit, vgl. RGRK-Alff, Rz. 6 zu § 252 BGB;
Zur Unbestimmtheit aus tatsächlichen Gründen s.u. § 18 III 4.
 - 17) Positiv zur großzügigeren Heranziehung des § 847 BGB etwa Medicus, Schuldrecht I, § 56 IV 2; MüKo-Grunsky, Rz. 1 zu § 253 BGB.

der Totalreparation. - Ein formaler Anhaltspunkt sind sehr weite und unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Rechtsfolgenseite der Anspruchsgrundlage und die Angabe von Abwägungskriterien im Gesetz.

c) Der Anspruch auf Schmerzensgeld, § 847 BGB

Die Umrechnungsprobleme, denen der Gesetzgeber durch die Einführung des § 253 BGB aus dem Weg gehen wollte, hat er für den Schmerzensgeldanspruch bewußt in Kauf genommen (18). Dem Gesetzeswortlaut läßt sich nur entnehmen, die als Schmerzensgeld geschuldete Summe müsse "billig" sein. Diesem sehr weiten Rechtsbegriff steht die praktische Notwendigkeit gegenüber, die konkret geschuldete Summe genau zu beziffern, damit der Anspruch erfüllt werden kann.

aa) Die "billige" Entschädigung - ein unbestimmter Rechtsbegriff im verwaltungsrechtlichen Sinne?

Neumann-Duesburg (19) versucht, hier die bekannte öffentlich-rechtliche Unterscheidung zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff einerseits in der Gegenüberstellung zum Ermessen andererseits (20) fruchtbar zu machen. Er sieht einen grundlegenden Unterschied zwischen dem richterlichen Vorgehen gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB (Leistungsbestimmung nach "billigem Ermessen", weil die Bestimmung der berechtigten Partei ersetzt werden muß) und der Bestimmung eines Schmerzensgeldes als "billige Entschädigung in Geld", § 847 BGB. Durch die Verwendung des Terminus "Ermessen" in § 315 Abs. 3 BGB sei dem Richter die Wahl zwischen Entscheidungsalternativen eröffnet, während die "billige Entschädigung in Geld" durch einen einfachen Auslegungs- und

18) MüKo-Grunsky, a.a.O.; Die Erste Kommission spricht selbst von "freiem Ermessen", Motive, Mugdan, S. 447.

19) Neumann-Duesburg, JZ 1952, 705 ff.

20) Darstellung bei Erichsen-Martens, § 12 II.

Subsumtionsvorgang erkannt werden könne, wobei im konkreten Fall nur ein einziger Betrag überhaupt als rechtmäßig in Frage komme.

Diesem theoretischen Ansatz entspricht es verfahrensmäßig, daß die Entscheidung nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB allgemein (21) als konstitutives Gestaltungsurteil gilt, als sog. verdecktes Gestaltungsurteil immer dann, wenn sogleich Klage auf Leistung des vom Gericht noch festzusetzenden Leistungsgegenstands erhoben wird. - Dagegen soll der genaue Betrag des Schmerzensgeldes durch Leistungs- bzw. Feststellungsurteil, also deklaratorische Titel, bestimmt werden. Das im Einzelfall geschuldete Schmerzensgeld ist danach vom Gericht nur deklaratorisch darzustellen, bestimmt ist es bereits durch die Rechtsfolgenanordnung des § 847 BGB.

bb) Das Vorgehen der Rechtsprechung

Diese begrifflichen Unterscheidungen spiegeln nur bedingt die tatsächliche Vorgehensweise der Rechtsprechung wider. Der BGH betont in einem als Leitentscheidung anerkannten Urteil, der mit der Zahlung eines Schmerzensgelds erstrebte Ausgleich, insbesondere aber die mitverfolgte Genugtuung, seien nicht rein rechnerisch zu bewerten (22), da Nachteile für immaterielle Güter ohne jeglichen Marktwert auszugleichen seien. § 847 BGB verlange eine "freie richterliche Entscheidung", die dem Einzelfall am besten gerecht werden (23). Tatsächlich werden je nach Lage des Falles etwa für entscheidungserheblich gehalten: Art der Verletzung, Intensität der dabei erlittenen Schmerzen, Dauer des Heilungsprozesses, verbleibende, nicht mehr ausheil-

21) Erman-Battes, Rz. 14 zu § 315, 5 zu § 319 BGB; Thomas-Putzo, Anm. II 3 vor § 253 ZPO.

22) BGHZ 18, 149 (156).

23) a.a.O., 163.

bare Schmerzen, Spätfolgen, berufliche Auswirkungen, soziale Stellung, Alter, Geschlecht und Familienstand des Verletzten, wirtschaftliche Absicherung des Schädigers, dabei insbesondere Einspringen einer Versicherung, zügige oder eher zögerliche Schadensabwicklung (24).

Aus dieser Rechtspraxis läßt keine im herkömmlichen Sinn rechtserkennende Vorgehensweise des Richters ableiten, da nicht mehr unter abgegrenzte definierte Tatbestandsmerkmale subsumiert wird: sieht man von der Bezeichnung "Schmerzensgeld" ab, finden sich im Gesetz nur sehr grobe Anhaltspunkte für die Gewichtung und Abwägung der als entscheidungserheblich angesehenen Umstände. Es ist dem Richter insbesondere freigestellt, je nach Lage des ihm vorliegenden Falls ganz neue, noch nicht in ein Präjudiz eingegangene Gegebenheiten mit heranzuziehen. Ebenso ist der Richter weitgehend frei in der Gewichtung der einzelnen Umstände im Verhältnis zueinander: Nur Intensität und Dauer der Schmerzen sowie auftretende Spätfolgen sind generell besonders zu berücksichtigen. Daß aus einer Vielzahl von tatsächlichen Umständen, die alle keinen Marktwert haben, ein exakt bestimmter Geldbetrag abgeleitet werden soll, führt mangels Maßstabs zu zusätzlichen Festsetzungsproblemen. Dennoch besteht keine Bindung an sog. Schmerzensgeldtabellen, also Präjudizien (25).

Einige verfahrensrechtliche Besonderheiten entsprechen diesem Befund: Schmerzensgeldanträge können entgegen § 253 Abs. 2 ZPO unbeziffert eingereicht werden, um den Kläger nicht mit einem als unbillig empfundenen Kostenrisiko zu belasten (26). Er muß in der Klagebegründung nur die tatsächlichen Angaben machen,

24) weitere Nachweise: Palandt-Thomas, Anm. 4 zu § 847 BGB.

25) BGHZ 18, 149 (163).

26) KG NJW 1966, 259; BGHZ 4, 138 (141/142); Dunz, NJW 1957, 1661; Willms, JZ 1952, 619; Koebel, NJW 1957, 1009; Pawlowski, NJW 1961, 341.

die dem Gericht die umfangmäßige Festsetzung erlauben. Manche fordern auch die Angabe der Größenordnung, in der sich der eingeforderte Betrag bewegen soll (27).

Von der in § 287 Abs. 1 ZPO gestatteten Beweiserleichterung wird hinsichtlich der Höhe des Schmerzensgelds regelmäßig Gebrauch gemacht (28). Auch dies ist ein Indiz dafür, daß die tatsächlichen Umstände nur nach "freier Überzeugung" in einen konkreten Betrag umgesetzt werden können, eine Ausermittlung dagegen wenig ergiebig ist.

Schließlich gilt die Angemessenheit der Höhe des Schmerzensgelds als nicht revisible Tatfrage (29). Mittels Revision überprüfbar ist ausschließlich, ob der Tatrichter alle entscheidungserheblichen Umstände in seine Abwägung aufgenommen und sachgerecht berücksichtigt hat. Der Vergleich zur verwaltungsgerichtlichen Ermessensüberprüfung liegt auf der Hand.

All diesen Beobachtungen ist trotz des begrifflichen Unterschieds auf der praktischen Ebene der richterlichen Vorgehensweise kein überzeugender Unterschied zur richterlichen Ersetzung des Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB zu entnehmen (30).

cc) Literaturstimmen, die für § 847 BGB im konkreten Anwendungsfall mehrere gleichermaßen rechtmäßige Entscheidungsalternativen anerkennen

Larenz (31) nennt denn auch Leistungsbestimmung und Festlegung des Schmerzensgelds nebeneinander als Beispiele für einen besonders großen Wertungs- und Beurteilungsspielraum des Richters,

27) nur tatsächliche Angaben: Erman-Drees, Rz. 7 zu § 847 BGB; Nachweise bei Dunz NJW 1957, 1661; Größenordnung: Pawlowski, NJW 1961, 342/343; unklar: BGH NJW 1965, 1374 (1376).

28) dazu s.u. § 18 III 4.

29) BAG WPM 1971, 634.

30) vgl. die Gleichstellung in BGHZ 18, 149 (164).

31) Larenz, Methodenlehre, S. 277.

den er methodisch wie folgt begründet: Die "Billigkeit", die "guten Sitten", "Treu und Glauben" (32) seien "ausfüllungsbedürftige Maßstäbe", die nur durch Wertungen der tatsächlichen Umstände für die Anwendung im Einzelfall ergiebig gemacht werden könnten. Durch vergleichendes oder gegenüberstellendes Heranziehen von Präjudizien können in die vorzunehmenden Wertungen zwar eine gewisse Berechenbarkeit und Vorherbestimmbarkeit einfließen, eine Bindung bestehe jedoch keineswegs (daher auch die Ablehnung der Bindungswirkung sog. Schmerzensgeldtabellen). In noch nicht vorherentschiedenen Randfällen käme nur noch eine ganz persönliche Entscheidung des Richters in Betracht, die Regel seien jedoch einsichtige, mit vertretbaren rechtlichen Erwägungen begründete Ergebnisse. Freilich könnten durchaus auch zwei oder mehrere Entscheidungsalternativen wertungsmäßig gleich vertretbar sein. Der Richter müsse sich dann für eine entscheiden, denn er sei ja verpflichtet, ein Urteil zu fällen. Die dabei zu treffende Auswahl können legitimerweise auch auf das dem Richter persönlich gerechter erscheinende Ergebnis fallen. Im Rahmen des verbleibenden, mit rechtlichen Erwägungen nicht mehr einzuengenden Beurteilungsspielraums handelt der Richter nach Larenz als "kreative Persönlichkeit" (33).

Diese Ausführungen haben für die Festsetzung des Schmerzensgelds durch den Richter besonderes Gewicht. Dabei wird stets ein Beurteilungsspielraum mit Entscheidungsalternativen verbleiben. Esser-Schmidt sprechen für § 847 BGB ausdrücklich von "richterlichem Ermessen" (34), da nur der individuell entscheidende Richter, nicht schon die pauschale Gesetzesbestimmung die konkret nötige Abwägung vornehmen "und darnach eine sozial gerechte Entscheidung treffen kann". - Diese noch großzügigere Auf-

32) Larenz, a.a.O., S. 273.

33) a.a.O., S. 281.

34) Esser-Schmidt, § 2 II; so auch MüKo-Grunsky, Rz. 1 zu § 253 BGB; Pawlowski, NJW 1961, 342; Erman-Drees, Rz. 7 zu § 847 BGB.

fassung hält grundsätzlich mehrere gleichermaßen rechtmäßige Entscheidungsalternativen für gegeben.

dd) Eigener Standpunkt

Zu folgen ist den letztgenannten Auffassungen, denen die praktische Vorgehensweise der Rechtsprechung entspricht: je komplexer die Lage des Einzelfalls, desto zahlreicher die Abwägungskriterien, desto größer der für die richterliche Festsetzung vorgegebene Rahmen, desto zahlreicher aber auch die gleichermaßen rechtmäßigen Entscheidungen. Ob man im Sinne der öffentlich-rechtlichen Einordnung eine echte Ermessensbetätigung des Richters annimmt oder die Billigkeit als unbestimmten Rechtsbegriff mit anerkanntem Beurteilungsspielraum ansieht (35), ist für die folgenden Fragen unerheblich: Was im konkreten Anwendungsfall das geschuldete Schmerzensgeld ist, ergibt sich in keinem Fall eindeutig aus dem Gesetz. Es bedarf stets noch einer auswählenden Festsetzung im Rahmen einer durch das Gesetz abgesteckten Größenordnung.

Die Auffassung, nur ein einziger Betrag könne rechtmäßigerweise das geschuldete Schmerzensgeld sein (36), müßte näher begründet werden. Sie knüpft nämlich sehr formal an den Gesetzeswortlaut an, ohne zu beachten, daß der historische Gesetzgeber keinen Unterschied zwischen richterlicher Ermessensbetätigung und der Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs machte (37). - Insbesondere aber fehlt dieser Auffassung jede vorstellbare praktische Anwendungsmöglichkeit. Daß der entscheidende Richter einen einzigen Betrag für das rechtmäßige Schmerzensgeld hält, wird nur selten vorkommen. Daß aber bis in die Revisionsinstanz

35) Auch Larenz, Methodenlehre, S. 282, sieht die Grenzen als fließend an.

36) Neumann-Duesburg, JZ 1952, 705 ff.; Kornblum, AcP 168, 450 ff.

37) vgl. Motive, Mugdan, S. 447.

alle beteiligten Richter der gleichen Auffassung sein sollen, mutet geradezu undenkbar an. Letztendlich würde die Höhe des Schmerzensgelds eben nicht mehr von der letzten Tatsachenzinstanz, sondern von der Revisionsinstanz festgesetzt.

d) Der Anspruch auf Geldersatz für vertane Urlaubszeit

Eine ständige Rechtsprechung (38) gewährte Geldersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit. Nur für den Teilbereich des Reisevertragsrechts ist im Jahre 1979 in § 651 f Abs. 2 BGB eine positive Regelung erfolgt.

Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift bestimmten die Rechtsprechung und die ihr folgende Ansicht die Anspruchshöhe nach einer Kommerzialisierungsüberlegung: Der Preis für den Erholungsurlaub sei der Verdienst- und Erwerbsausfall, den der Geschädigte in Kauf genommen habe. Diese Begründung umgeht die Umrechnungsprobleme, die die Schädigung eines immateriellen Guts mit sich bringt.

Gerade die Kommerzialisierung, also das Abstellen auf den Erwerbsausfall, hat diese Auffassung schweren Angriffen ausgesetzt. Ansatz der Kritik war, daß bei geschädigten Rentnern, Studenten, Schülern und Kindern kein Ersatz anerkannt wird, da es am Merkmal des Erwerbsausfalls fehlt (39). Stellt man darauf ab, daß die entgangene Erholung ganz individuelle Nachteile mit sich bringt (40), kann nur ein weiter Maßstab genannt werden, nach

38) BGHZ 63, 98 (105); MüKo-Grunsky, Rz. 29-33 vor § 253 BGB; BGH NJW 1983, 1107 lehnt dagegen außerhalb des § 651 f Abs. 2 BGB den Anspruch ab; die weitere Entwicklung der Rechtsprechung bleibt abzuwarten.

39) Blaurock, NJW 1980, 1949; Palandt-Thomas, Anm. 3 zu § 651 f BGB; BGH NJW 1980, 1947 ff. gewährt Hausfrauen den Anspruch, berechnet nach dem Einkommen des Ehemanns; BGH NJW 1983, 218 gewährt jetzt - freilich im Rahmen des § 651 f Abs. 2 BGB - auch Schülern den Anspruch.

40) so v.a. Palandt-Thomas, Anm. 3 zu § 651 f gegen Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b ee vor § 249 BGB.

dem Geldersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit zu leisten ist.

Im Anwendungsbereich des § 651 f Abs. 2 BGB dagegen soll eine "angemessene Entschädigung" geleistet werden (41). Wie bei § 847 BGB steht ein besonders weiter Rechtsbegriff auf der Rechtsfolgeseite und betrifft eine Geldsumme. - Es muß daher für den nach dieser Anspruchsgrundlage geschuldeten Ersatz das bei § 847 BGB Dargelegte gelten. Die Höhe des Geschuldeten ergibt sich nicht mit Eindeutigkeit aus dem Gesetz, sie ist dort nur unbestimmt umschrieben. Erst die Abwägung verschiedener tatsächlicher Umstände, die häufig keinen Marktwert haben, und deren Umrechnung in einen Geldbetrag führen zur praktischen Erfüllungsfähigkeit des Anspruchs (42).

e) Der Anspruch auf sog. abstrakte Nutzungsentschädigung

Im Rahmen der Schadensabwicklung nach einem Verkehrsunfall wird Geldersatz für folgenden Nachteil (43) zugesprochen:

Der Geschädigte erhält eine sog. abstrakte Nutzungsentschädigung dafür, daß er sich bis zum Abschluß der Reparatur seines beschädigten oder bis zum Erhalt eines neuen Ersatzwagens bei Totalschaden ohne die Gebrauchs- und Nutzungsvorteile seines Wagens beholfen hat, insbesondere auch kein Ersatzfahrzeug gemietet hat. Die Umrechnung derartiger entgangener Gebrauchsvorteile in einen Geldbetrag unterliegt den beschriebenen Maßstabs-

41) Bedeutung des § 651 f BGB über das Reisevertragsrecht hinaus nehmen an: Palandt-Thomas, a.a.O., Blaurock, a.a.O.

42) Bartl, NJW 1979, 1384 (1388) will auch im Rahmen des § 651 f BGB ausschließlich auf den Erwerbsausfall abstellen, zurückhaltender jetzt in NJW 1983, 1092 (1097).

43) Eine Durchbrechung des § 253 BGB nehmen an: Palandt-Heinrichs, Anm. 2 b bb vor § 249 BGB; Esser-Schmidt, § 31 II; bezeichnend: BGHZ 66, 277 (279); für Kommerzialisierung: MÜKo-Grunsky, Rz. 17 vor § 249 BGB.

problemen und wäre demnach wieder nur durch einzelfallbezogene Wertungen der konkreten Umstände zu ermöglichen. Auch danach müßten mehrere rechtmäßige Entscheidungsalternativen anerkannt werden.

Der Ausgangspunkt für die Anerkennung der abstrakten Nutzungsentschädigung war gerade die Überlegung, daß der sparsame - sich ohne Mietwagen behelfende - Geschädigte nicht in die Taschen des Schädigers sparen sollte (44). Daher geht die häufig kritisierte Rechtsprechung von den Kosten eines für die zu überbrückende Zeitdauer angemieteten Wagens gleichen Typs wie der beschädigte aus. Davon abgezogen werden die anteiligen Unterhaltskosten für den eigenen Wagen, die durch das Schadensereignis weggefallen sind, sowie der im Mietpreis enthaltene Unternehmergewinn, von dem man nun wiederum nicht den Geschädigten profitieren lassen will. Diese längst in Tabellen eingegangene abgeschwächte Kommerzialisierung (45) läßt die individuellen Nachteile für den Geschädigten außer acht, es entfallen dadurch auch - zumindest bei Serienwägen - die Bewertungsprobleme.

f) Zusammenfassung: Die Ausnahmen zu § 253 BGB

Im Grundsatz ist festzuhalten, daß die gesetzlichen oder in richterlicher Rechtsfortbildung anerkannten Anspruchsgrundlagen, die entgegen § 253 BGB Geldersatz für immaterielle Schäden gewähren, geprägt sind von weiten unbestimmten Rechtsbegriffen auf der Rechtsfolgeseite. Man kann von einer "Unschärferelation ... wie sie bei der Bemessung von Entschädigungen für immaterielle Werte typisch ist" (46) sprechen. Die vom historischen Gesetzgeber bei der Einführung des § 253 BGB geäußerten Bedenken haben sich bestätigt. Lehnt man die Kommerzialisierung allgemein oder für

44) BGHZ 66, 277 (278); 63, 393, (396); 40, 345; 45, 212.

45) kritisch: Esser-Schmidt, § 31 II.

46) Esser-Schmidt, § 31 II,
Auch § 1300 BGB gehört hierher.

den Einzelfall ab, muß man zugeben, daß die Anspruchsgrundlagen die Auswahl unter mehreren Entscheidungsalternativen zulassen und nur einen Rahmen vorgeben.

Die - sehr umstrittene - Kommerzialisierung (47) vermag bei der abstrakten Nutzungsentschädigung, eventuell auch beim Geldersatz für vertane Urlaubszeit einen eindeutigen Maßstab liefern, nicht aber für das Schmerzensgeld (48).

g) Der dem Mitverschuldenseinwand ausgesetzte Schadensersatzanspruch

Den beschriebenen unbestimmten Rechtsfolgenanordnungen ähnelt die im Gesetz vorgesehene Rechtsfolge des Mitverschuldenseinwands, §§ 254 BGB, 9, 17 StVG, die auf eine Abwägung der Umstände abzielt. - Nach den zur Bedeutung rechtshindernder Einwendungen getroffenen Feststellungen (49) bereitet es keine Schwierigkeiten, vom Mitverschuldenseinwand betroffene Ansprüche auf eine Ebene zu stellen mit den Ansprüchen, deren Rechtsfolge schon in der Anspruchsgrundlage uneindeutig angeordnet ist.

Man mag nun einwenden, das Gesetz durchbreche hier zwar den Grundsatz der Totalreparation, bestimme aber selbst anders als in § 847 BGB den wichtigsten zu berücksichtigenden Umstand, nämlich die Mitverursachung durch die einzelnen Beteiligten. Daneben wird von der ständigen Rechtsprechung noch der jeweilige Grad des Verschuldens der Beteiligten herangezogen (50). Nur vereinzelt wird in der Literatur vorgeschlagen, noch andere

47) Grundsätzlich ablehnend etwa Larenz, Schuldrecht I, § 28 III.

48) Im Rahmen des § 651 f BGB vertritt nur Bartl, NJW 1979, 1384 (1388) und NJW 1983, 1092 (1097) die Kommerzialisierung.

49) s.o. § 17 XI 4 b.

50) RGZ 142, 356 (368); 156, 193 (202); 164, 264 (268); BGHZ 69, 84 (95); BGH NJW 1969, 789 (790).

Umstände, wie die wirtschaftliche Lage der Parteien mit in die Abwägung miteinzubeziehen (51).

Selbst wenn nur Mitverursachung und Mitverschulden ausschlaggebend sein sollen, ist die Abwägung dieser Faktoren im konkreten Anwendungsfall sehr schwierig. Die Umsetzung in eine bezifferte Quote (52) kann nicht mit Eindeutigkeit vorgenommen werden. Da das Haftungsrecht auf dem Grundsatz der äquivalenten Verursachung aufbaut, ist es systemwidrig, bei der Untersuchung eines Mitverschuldens darauf abzustellen, wer stärker verursacht hat. Ähnliches gilt für den Vergleich der Verschuldensgrade: Das deutsche Deliktsrecht macht regelmäßig keinen Unterschied zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz. Die Zurechnung der Betriebsgefahr auch im Rahmen des § 254 BGB bereitet hier noch zusätzliche Schwierigkeiten. Die Gewichtung der Verursachungs- und der Verschuldenskomponente in ihrem Verhältnis zueinander ist ebenfalls im Gesetz nicht geregelt. Die - sehr vernünftige - Praxis, nur recht grobe Quoten anzuerkennen (53), belegt, daß bei vom Mitverschuldenseinwand betroffenen Ansprüchen nicht von eindeutigen, einzig rechtmäßigen Erkenntnissen ausgegangen werden kann - dann müßten im Einzelfall auch sehr fein differenzierte Anteile zugesprochen werden. Die richterliche Tätigkeit ist auch hier die eines Absteckens eines Beurteilungsspielraums mit anschließender Wahl einer von mehreren gleichermaßen als rechtmäßig anzusehenden Entscheidungen, nicht das bloße Auffinden einer im Gesetz bestimmt vorgegebenen Rechtsfolge. Esser-Schmidt

51) Schlierf, NJW 1965, 676: Alter, Reichtum der Beteiligten, Handeln auf eigene Gefahr, Gefälligkeit;
Böhmer, MDR 1962, 442 f.: Wirtschaftliche Verhältnisse;
OLG Celle NJW 1979, 724 f.: Anspruch entfällt u.U. unter Eheleuten.
Deutsch, ZRP 1983, 137 ff. (139): Bei Pflichtversicherung des Schädigers soll leicht fahrlässiges Mitverschulden unberücksichtigt bleiben.

52) Nachweise bei Palandt-Heinrichs, Anm. 4 b zu § 254 BGB; MüKo-Grunsky, Rz. 67 zu § 254 BGB.

53) MüKo-Grunsky, Rz. 68 zu § 254 BGB.

sprechen denn auch gleichermaßen für den Anspruch nach § 847 BGB wie für den durch den Mitverschuldenseinwand geschmälierten Anspruch von richterlichem Ermessen (54).

Als prozessuale Besonderheiten seien zur Bestätigung noch genannt: Die Beweiserleichterung des § 287 ZPO soll hinsichtlich der Höhe der auszuwerfenden Quote (nicht hinsichtlich der zu berücksichtigenden tatsächlichen Umstände) herangezogen werden (55). - Die höhenmäßige Bezifferung gilt auch als nicht-revisibel, überprüft wird nur, ob der Tatrichter die entscheidenden Kriterien in seine Abwägung eingestellt hat (56).

h) Die Ansprüche nach § 829 BGB

Aus dem Gebiet des Deliktsrechts ist noch § 829 BGB zu erwähnen, der eine Schadensersatzverpflichtung "insoweit, ... als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen bedarf" anordnet. Hier ist der unbestimmte Rechtsbegriff der Billigkeit gar mit der Abwägung der Umstände gekoppelt. Freilich gibt das Gesetz selbst Grenzen der Festsetzung an, beschreibt diese aber ihrerseits mit dem unbestimmten Rechtsbegriff "angemessen". Auch hier kann man nur von der Angabe eines Rahmens sprechen, nicht von einer eindeutigen Rechtsfolgenanordnung.

-
- 54) Esser-Schmidt, § 12 II; ähnlich: Medicus, Schuldrecht I, § 59 III, Böhmer, MDR 1962, 442; MüKo-Grunsky, Rz. 67 zu § 254 BGB; Motive, Mugdan, S. 13: Es ist daher am ratsamsten, dem Richter möglichste Freiheit in der Beurteilung des konkreten Falles zu lassen.
- 55) Arens, ZJP 88, 1 (44 ff.); Klausner, JZ 1968, 167 (169); BGHZ 60, 177 (184); BGH NJW 1968, 985; Thomas-Putzo, Anm. 1 d zu § 287 ZPO; Zöllner-Stephan, Anm. 1 2 zu § 287 ZPO.
- 56) RGZ 142, 356 (367); BGHZ 3, 46 (52); 51, 275 (279); 60, 177 (184).

3) Andere als Schadensersatzansprüche: §§ 1360 Abs. 1, 1578 Abs. 1, 1610 Abs. 1 BGB

Die unterhaltsrechtlichen Anspruchsgrundlagen ordnen "angemessenen" Unterhalt an, §§ 1360 Abs. 1, 1610 Abs. 1 BGB. Tatsächliche Bemessungsgrundlagen sollen sein beim Familienunterhalt "die Kosten des Haushalts", "die persönlichen Bedürfnisse" und "der Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder", § 1360 a I BGB, beim Geschiedenenunterhalt der "gesamte Lebensbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen", § 1578 Abs. 1 BGB, beim Verwandtenunterhalt "der gesamte Lebensbedarf nach der Lebensstellung des Bedürftigen", § 1610 Abs. 1 BGB. Eindeutig bezifferbar sind all diese Faktoren nicht. Die richterliche Freiheit (57), die sich aus den unbestimmten gesetzlichen Regelungen ergibt, wird häufig nicht wahrgenommen. Stattdessen werden in weitem Umfang sog. Unterhaltstabellen herangezogen, die freilich oft voneinander abweichen und auch nicht alle Fälle erfassen (58). Für den Nichteelichen-Unterhalt schaffen die Regelunterhaltsverordnungen (§ 1615 f BGB) eine gewisse Rechtssicherheit nach unten: Da mindestens der Regelunterhalt zu leisten ist, bleibt ein Spielraum nach oben.

Da auch im Unterhaltsrecht das Gesetz die konkrete Höhe des Geschuldeten nicht eindeutig bestimmt, sollen auch hier unbezifferte Klageanträge erlaubt sein (59).

57) Göppinger, Rz. 32 geht davon aus, daß jeweils nur ein Betrag rechtmäßigerweise geschuldet werde. Er bemerkt, dies sei nur "der Idee nach" der Fall und es bestünden enge Berührungspunkte zum richterlichen Ermessen.

58) zu den Abweichungen: Winter, NJW 1978, 706; MüKo-Köhler, Rz. 30, 32 zu § 1610: trotz Tabelle müsse jeweils individuell berechnet werden; OLG Düsseldorf NJW 1982, 831: instruktiv zum Versagen der Tabellen.

59) so Göppinger-Wax, Rz. 3073; a.A. Palandt-Diederichsen, Anm. 6 vor § 1601.

4) Objektive Unmöglichkeit oder unverhältnismäßige Schwierigkeit, im tatsächlichen Bereich die für die Anspruchshöhe maßgeblichen Werte zu ermitteln

Bis jetzt wurden Fälle besprochen, in denen die gesetzlichen Anspruchsgrundlage keinen eindeutigen Maßstab zur Ermittlung der Anspruchshöhe enthielt. Unabhängig davon kann die tatsächliche Feststellung der für die Anspruchshöhe maßgeblichen Werte sehr schwierig sein, eine eindeutige Feststellung mag auch ganz unmöglich sein. Auch eine eindeutige Berechnungsmethode, wie etwa die Differenzrechnung, führt nur dann zu bestimmten Ergebnissen, wenn mit eindeutigen Werten gearbeitet werden kann.

a) § 252 S. 2 BGB

Einen speziellen Fall dieser Art regelt nach h.A. § 252 S. 2 BGB (60): Der Beweis des entgangenen Gewinns wird dadurch erleichtert, daß die unwiderlegte (61) Wahrscheinlichkeit seiner Erwartung, so wie sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen besteht, als Entscheidungsgrundlage ausreicht. Wird diese Erleichterung herangezogen, ist die danach festgelegte Anspruchshöhe nur eine von mehreren möglichen Entscheidungen. Schon der Begriff der Wahrscheinlichkeit beinhaltet ja Alternativen. Insbesondere bei der abstrakten Bemessung, die auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abstellt, wird regelmäßig nicht ein einziger Betrag als der "wahrscheinlichste" in Frage kommen, sondern nur eine Größenordnung ermittelbar sein, aus der dann eine Auswahl zu erfolgen hat.

-
- 60) Nachweise über die abweichende Auffassung zu § 252 S. 2 BGB: Staudinger-Medicus, Rz. 3 zu § 252 BGB; über das Verhältnis zu § 287 ZPO: MUKo-Grunsky, Rz. 8 zu § 252 BGB.
61) Palandt-Heinrichs, Anm. 3 a zu § 252 BGB; h.L.

b) § 287 ZPO

Eine umfassendere Regelung bietet die verfahrensrechtliche Norm des § 287 ZPO (62):

Abs. 1 befaßt sich speziell mit Ansprüchen auf Schadensersatz. Die Höhe des zu ersetzenden Interesses kann das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung festsetzen, dabei nach Ermessen auf beantragte Beweise und Sachverständigeneinvernahmen verzichten. Auch der Geschädigte selbst kann - gegenüber der regelmäßigen Parteieinvernahme vereinfacht - vernommen werden.

Dies ist der allgemein anerkannte Gehalt des § 287 Abs. 1 ZPO. Ob darüber hinaus auch Kausalitätsfragen nach den erleichterten Voraussetzungen festgestellt werden dürfen, ist im Streit (63). Gegebenenfalls sind auch hier Auswirkungen auf die Eindeutigkeit der Anspruchshöhe denkbar.

Sinn und Zweck der Regelung, die regelmäßig dem Geschädigten, in den Fällen des § 254 BGB auch dem Schädiger zugutekommt, liegen im Ausgleich der objektiven Bemessungsschwierigkeiten: Der Wert etwa eines gebrauchten Gegenstands ist aus tatsächlichen Gründen niemals exakt, stets nur approximativ zu ermitteln. Der Richter muß aus verfahrensrechtlichen Gründen jedoch einen bestimmten Betrag zusprechen (64); auch erfüllt werden kann nur mit einer einzigen eindeutigen Summe, § 362 Abs. 1 BGB. Der Verzicht auf Beweismittel und der Rückgriff auf eine Schätzung ist um so eher ermessensgerecht, je weniger sicherer Aufschluß

62) Das Schweizer Obligationenrecht enthält eine dem § 287 ZPO entsprechende Regelung, Art. 42 al. 2 OR

63) Arens, ZJP 88, 1 (3); MüKo-Grunsky, Rz. 140 vor § 249 BGB; Rosenberg-Schwab, § 115 I, II; Gottwald, Schadenszurechnung ..., S. 243 f.: sehr weitgehend in der Kausalitätsfrage; Prölls, Beweiserleichterungen, S. 53 ff.: sehr restriktiv in der Kausalitätsfrage; recht großzügig jetzt aber BGH NJW 1983, 998 f.

64) Prölls, a.a.O., S. 48.

von den Beweisen erwartet werden kann, je näher auch der Richter selbst durch seine allgemeinen Kenntnisse dem Bereich der richtigen Lösungen kommen kann. Ein einfaches und sicheres Beweismittel ist dagegen stets heranzuziehen: Die Kosten einer tatsächlich durchgeführten Reparatur dürfen nicht geschätzt werden, u.U. aber die, die der Schädiger verlangt, ohne die Reparatur vornehmen zu lassen, § 249 S. 2 BGB. - Eine Schätzung ohne tatsächliche Anhaltspunkte (65) ist dem Richter untersagt.

§ 287 Abs. 2 BGB gilt für andere vermögensrechtliche Ansprüche, die der Höhe nach im Streit sind, also für die auch im Rahmen des § 266 BGB problematischen Fälle. Die richterliche Schätzung unter Verzicht auf Beweismittel, nicht die erleichterte Parteieinvernahme, ist zulässig, wenn der bestrittene Teil der Forderung außer Verhältnis steht zu der Schwierigkeit, die Höhe des Anspruchs zu ermitteln.

Die Ausübung richterlichen Schätzungsermessens, § 287 ZPO, ist nur insoweit revisibel, als die Beachtung allgemeiner Denkgesetze und die umfassende Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen sachlichen Kriterien in Frage steht. Das konkrete Ergebnis kann als solches nicht überprüft werden (66).

In den Fällen tatsächlicher Uneindeutigkeiten ist die Vornahme der Schätzung also der praktischen Erfüllbarkeit der betroffenen Ansprüche vorgeschaltet. Zweifel bestehen insoweit, als die eindeutige Ermittlung zwar unverhältnismäßig schwierig, aber möglich ist, § 287 Abs. 2 ZPO. Auch einer solchen - an sich rein verfahrensökonomischen - Schätzung müssen jedoch Auswirkungen auf die Erfüllungsfähigkeit des Anspruchs zugesprochen werden (67). Die streitenden Parteien sind ja zur Bestimmung

65) Prölßs, a.a.O., S. 50; Rosenberg-Schwab, § 115 I.

66) Rosenberg-Schwab, § 115 IV.

67) s.u. § 18 III 5 c.

der Anspruchshöhe auf eine solche Schätzung, soweit sie in ein rechtskräftiges Urteil eingegangen ist, angewiesen. Widersetzt sich der Schuldner, kommt es zumindest zur zwangsweisen Befriedigung in dieser Höhe; einen Mehrbetrag kann der Gläubiger seinerseits nur mit Zustimmung des Schuldners erreichen.

5) Die Bestimmung der konkret geschuldeten Leistung

a) Kein einseitiges Bestimmungsrecht eines Beteiligten gegen den Willen des anderen

In den genannten Fällen unbestimmter Rechtsfolgenanordnungen, Rechtsfolgenanordnungen mit Abwägungskriterien oder aufgrund tatsächlicher Feststellungsschwierigkeiten nicht eindeutig bestimmter Leistungsverpflichtungen kommt eine Bestimmung der Anspruchshöhe durch einseitige Erklärung einer Partei nicht in Frage: Ein solches einseitiges Bestimmungsrecht kennt das Gesetz nicht. Die Einforderung eines bestimmt bezifferten Betrags durch den Gläubiger oder das Angebot eines solchen durch den Schuldner sind als solche nicht geeignet, den Anspruch erfüllungsfähig zu machen. In Betracht kommt lediglich eine Bewertung als Antrag (§§ 145 ff. BGB) auf einverständliche Konkretisierung.

b) Die einverständlich-vertragliche Bestimmung durch beide Beteiligten

aa) Die grundsätzlich freie privatautonome Ausgestaltung

Die vertragliche Bestimmung der Anspruchshöhe ist aufgrund der das Privatrecht beherrschenden Inhaltsfreiheit (68) grundsätzlich nicht an den durch Gesetz vorgegebenen Rahmen bzw. an die

68) Medicus, Schuldrecht I, § 10.

der tatsächlichen Schätzung zugrundeliegende Größenordnung gebunden: Die Beteiligten können sich auf eine gewisse Summe als geschuldetes Schmerzensgeld verständigen, auch wenn zahlreiche Präjudizien weit höhere Beträge zusprachen, die "Billigkeit" also zumindest zweifelhaft ist. Sie können eine Schadenshalbierung vereinbaren, auch wenn grobe und leichte Fahrlässigkeit nebeneinander vorlagen. Sie können auch DM 1000.- als Ersatz für eine zerstörte Sache vereinbaren, die von mehreren Sachverständigen übereinstimmend auf über DM 2000.- taxiert wurde.

Als Vertragstyp kommt hauptsächlich der Vergleich in Betracht, § 779 BGB, dessen Haupterfordernis, das gegenseitige Nachgeben, immer dann gegeben ist, wenn beide Seiten von ihren ursprünglichen Vorstellungen Abstriche machen (69). Auch isolierte deklaratorische oder konstitutive Anerkenntnisse, § 781 BGB, sind denkbar.

bb) Die Sondergruppe der Unterhaltsverträge

Eine Sondergruppe bilden die den kraft Gesetzes geschuldeten Unterhalt festsetzenden Verträge (70):

Dort sind aufgrund vorrangiger öffentlicher Interessen der privatautonomen Ausgestaltung enge Grenzen gesetzt. Ein Verzicht oder Teilverzicht auf künftigen Unterhalt ist regelmäßig unter Verwandten sowie unter Ehegatten unzulässig, §§ 1614, 1360 a III BGB; das nichteheliche Kind kann nur entgeltlich sowie mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verzichten, §§ 1615 e Abs. 1 S. 2, Abs. 2 BGB. Lediglich Geschiedene sind in der Ausgestaltung ihrer Unterhaltsverträge unbeschränkt, § 1585 c BGB.

69) vgl. etwa Larenz, Schuldrecht I, § 7 IV.

70) s.o. § 18 III 3; MüKo-Köhler, Rz. 2 zu § 1614 BGB; Göppinger, Rz. 1610 ff.

cc) Keine Verhandlungs- und Abschlußpflicht der Parteien
einerseits, die rechtspolitische Erwünschtheit von Ver-
gleichen andererseits

Ein an sich selbstverständlicher Ausfluß der auch negativ zu verstehenden Abschlußfreiheit ist das Fehlen jedes Abschlußzwangs. Die Beteiligten eines unbestimmten gesetzlichen Schuldverhältnisses müssen durch Vereinbarung weder die im Gesetz selbst unbestimmt angelegte Rechtsfolge auffüllen, noch tatsächliche Bewertungsschwierigkeiten überbrücken.

Deshalb ist auch keine selbständige Rechtspflicht zu Verhandlungen oder zur Offenlegung von Beweisunterlagen anzuerkennen, die im Falle einer Verletzung schadensersatzpflichtig machte. Es ergeben sich für den jeweils nicht kooperativen Partner jedoch gewisse Nachteile: Der Gläubiger, der etwa nach einem Schadensereignis ohne Meinungsaustausch mit dem Schuldner sofort Klage erhebt, wird zwar obsiegen, doch kann der Schädiger durch ein sofortiges Anerkenntnis die Kosten von sich abwälzen (71). - Bei zahlreichen Ansprüchen wird wegen § 285 BGB kein Verzug eintreten, solange der Gläubiger nicht ausreichende Angaben gemacht hat, die dem Schuldner eine Überprüfung gestatten (72). Damit erhält der Gläubiger allenfalls Prozeßzinsen (73).

Der Schuldner, der nicht verhandlungswillig ist, gibt stets Klageveranlassung. Er hat regelmäßig auch die Verzugsfolgen zu tragen.

71) s.o. § 14 I 4 d.

72) für Schmerzensgeld: OLG Celle NJW 1963, 1205.

73) OLG Celle a.a.O.; BGH NJW 1965, 531; BGH NJW 1965, 1374 (1376);

a.A. OLG Köln NJW 1960, 325 mit Anm. Mann, NJW 1960, 388: erst wenn Schmerzensgeldforderung zur Geldsummenschuld geworden sein, sei Verzinsung möglich.

Daß andererseits vertragliche Einigungen der Parteien rechtspolitisch sehr erwünscht sind, ist offenkundig: Ihre friedensstiftende Wirkung übertrifft die jeder anderen Form von Streitentscheidung. Wie sehr dem Gesetzgeber gerade im Schadensabwicklungsfall vertragliche Einigungen erwünscht sind, zeigt eine Neuregelung des Schadensrechts: Durch das Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 16. August 1977 wurde § 852 Abs. 2 BGB neu eingefügt. Er sieht eine Hemmung der laufenden Verjährung vor, solange zwischen den Beteiligten Verhandlungen über den zu leistenden Schadensersatz schweben: Diese Verjährungshemmung trat bereits früher für die Ersatzansprüche nach dem StVG und dem LuftVG ein, §§ 14 StVG, 39 LuftVG aF, die nach der Neuregelung auf § 852 Abs. 2 BGB verweisen. Anders als bei den herkömmlichen Hemmungsgründen der §§ 202 bis 204 BGB kann man bei schwebenden Verhandlungen kaum sinnvoll sagen, während ihrer Dauer sei die Durchsetzung des Anspruchs erschwert oder unmöglich gemacht (74). Gerade die Abwicklung der Ansprüche ist ja Gegenstand der Verhandlungen. Auch könnte der Geschädigte sofort nach dem Schadensereignis eine zulässige und begründete Klage auf Ersatz erheben, dies allerdings mit dem Kostenrisiko des § 93 ZPO. In der Begründung der Neufassung (75) heißt es lediglich, die vertragliche Bereinigung von Ersatzansprüchen solle auch für deliktische Ansprüche begünstigt werden. Daß nun speziell im Schadensabwicklungsfall außergerichtliche Vergleiche erwünscht und durch Verjährungshemmung privilegiert sind, kann mit allgemeinen Erwägungen wie der Entlastung der Gerichte und der Förderung des Rechtsfriedens nur ungenügend begründet werden. Dann hätte § 852 Abs. 2 BGB als allgemeiner Hemmungsgrund ausgestaltet werden müssen. Vielmehr wird die beschriebene objektive Schwierigkeit, den Umfang des Ersatzes zu

74) Palandt-Heinrichs, Anm. 1 zu § 202 BGB.

75) Gesetzesentwurf der Fraktionen der SPD und FDP: BT-Drucksache 8/108 S. 17.

klären, eine Rolle gespielt haben: Daß Gerichte - als Schätzungsinstanz - eingeschaltet werden, um die im Streit befindlichen Ansprüche umfangmäßig festzulegen, muß angesichts der Häufigkeit derart unbestimmter Ansprüche als unerwünscht angesehen werden.

Die rechtspolitische Erwünschtheit von Vergleichen sollte bei der Entwicklung einer Lösung zu § 266 BGB mitberücksichtigt werden.

dd) Die Annahme einer Teilleistung auf eine umfangmäßig umstrittene Forderung als Beschränkung der Vertragsfreiheit

Das der Privatautonomie entstammende Recht des Gläubigers, die Höhe des ihm zustehenden Anspruchs mit dem Schuldner frei auszuhandeln, wird tangiert, wenn entgegen § 266 BGB eine Obliegenheit zur Annahme von Teilleistungen bejaht wird:

Mit der Annahme der Teilleistung, gegebenenfalls durch ihre Hinterlegung, §§ 372, 378 BGB, erlischt nicht nur der Anspruch des Gläubigers in entsprechendem Umfang, auch seine Verhandlungsposition verändert sich. Er ist an die vom Schuldner getroffene Anrechnungsbestimmung, § 366 BGB analog, gebunden, ja für den Fall einer späteren Klage geradezu darauf angewiesen (76). Die erfüllte Anspruchsquote bzw. die entsprechenden -unterposten können im Rahmen der Verhandlungen nicht mehr zum Gegenstand von Zugeständnissen und Mehrforderungen gemacht werden. Die breite Verhandlungsbasis, die für Vergleichsverhandlungen typisch, wegen des erforderlichen "gegenseitigen Nachgebens" oft unumgänglich ist (77), verengt sich auf die wirklich hart umstrittenen Punkte. Ist der Gläubiger dagegen verhandlungsunwillig, etwa weil er die weitere Schadensentwicklung abzuwarten wünscht, wird ihm - in seinen Augen verfrüht - die Bereinigung des strit-

76) s.o. § 14 I 4 a, c.

77) Palandt-Thomas, Anm. 4 b zu § 779 BGB.

tigen Rechtsverhältnisses aufgedrungen.

Diese Beschränkungen bedeuten nun zwar keinen unzulässigen Abschlußzwang (78); sie beschränken vielmehr im Vorfeld den Verhandlungsstoff gegen den Willen des Gläubigers, was seine Vergleichsbereitschaft eher schmälern wird.

Die in der Rechtsprechung überwiegend vertretene Lösung, § 266 BGB auf umfangmäßig bestrittene Forderungen nicht anzuwenden, fördert vergleichsweise Einigungen nicht: Ein Gläubiger, der eine Teilleistung ablehnt, zeigt gerade, daß er die Zeit für einen Leistungsaustausch noch nicht gekommen sieht.

c) Die Bestimmung des Anspruchsumfangs durch gerichtliche Entscheidung

Kommt es nicht zur einverständlichen Festlegung der Anspruchshöhe, kann diese nur noch durch die Entscheidung des von einem Beteiligten angegangenen Gerichts erfolgen. Es muß hinsichtlich der im Gesetz nur unbestimmt angeordneten Rechtsfolgen und der Ansprüche, deren genaue Höhe durch eine Schätzung tatsächlicher Werte ermittelt werden muß, eine echte materiell-rechtliche Nebenwirkung der zusprechenden Urteile angenommen werden, da die genannten Ansprüche andernfalls mangels Bestimmtheit nicht erfüllungsfähig wären: Der historische Gesetzgeber selbst (79) betonte für §§ 254, 847 BGB die Rolle der Gerichte.

Es ist zu untersuchen, ob diese Bestimmungsfunktion nur rechtskräftigen oder bereits vorläufig vollstreckbaren Urteilen zukommen soll. Wie gezeigt (80), sind der materiellen Rechtskraft

78) Larenz, Schuldrecht I, § 4 I.

79) Motive, Mugdan, S. 447, S. 13.

80) s.o. § 13 III 2.

vorrangig prozessuale und nur wenige materielle Auswirkungen zuzuschreiben. Unter ihren materiellen Eigenschaften findet sich keine, die der Bestimmungsfunktion vergleichbar wäre.

Wichtiger ist folgende Überlegung: Die Auswahl aus mehreren gleichermaßen rechtmäßigen Entscheidungsalternativen soll ein endgültiges Erlöschen des Schuldverhältnisses, eben die Tilgungsfähigkeit, ermöglichen. Einem vorläufig vollstreckbaren Urteil kommt diese Endgültigkeit nur zu, wenn die Parteien einverständlich danach leben wollen - es dürfte dann freilich auch recht schnell formell rechtskräftig werden. Der Schuldner will dann die titulierte Forderung vorbehaltlos erfüllen, nicht nur zur Abwehr der Zwangsvollstreckung leisten. Will nur der klagende Gläubiger das vorläufig vollstreckbare Urteil akzeptieren, erreicht er nur eine vorläufige Befriedigung mit einer in der Schwebe bleibenden Tilgungswirkung, sei es durch Zwangsvollstreckung, sei es durch freiwillige Leistungen unter dem Druck der Zwangsvollstreckung (81). Ist der Kläger seinerseits mit dem vorläufig vollstreckbaren Urteil unzufrieden und hat er etwa gar Rechtsmittel eingelegt, kann er den Tilgungseintritt zunächst durch Ablehnung der Leistung des Schuldners verhindern. Auch durch Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme erreicht der Schuldner erst bei Rechtskraft eine endgültige Tilgung, §§ 372, 378 BGB: Für die Erfüllungswirkung wird die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung, insbesondere auch das Vorliegen eines Hinterlegungsgrunds als Voraussetzung angesehen (82). Die materiell-rechtliche Bestimmungsfunktion kommt daher rechtskräftigen und den von beiden Beteiligten anerkannten vorläufig vollstreckbaren Urteilen zu.

81) s.o. §§ 1 II 2 a bb; 12 III 1 a aa; 12 III 1 d aa.

82) RGZ 59, 14 (17) zu § 379 BGB; RGZ 66, 409 zu § 378 BGB.

d) Konstitutive oder nur konkretisierende Wirkung der Bestimmung

Die Ausübung eines Leistungsbestimmungsrechts nach §§ 315 ff. BGB wird allgemein als rechtsgestaltend angesehen (83), die richterliche Ersetzung gilt entsprechend als konstitutives Gestaltungsurteil. Dies ist schon deshalb richtig, weil dem Rechtsgeschäft bei Unterbleiben der Bestimmung ja die Nichtigkeit droht.

Gleiches kann für die Ausübung richterlichen Auswahl- oder Schätzungsermessens nicht angenommen werden: Ein im Gesetz verwendeter, bewußt weiter Rechtsbegriff, die Anordnung einer Abwägung von Umständen sowie tatsächliche Bewertungsschwierigkeiten ändern die rechtliche Existenz des Anspruchs nicht. Selbst wenn er nicht bestimmt wird, besteht der gesetzliche Anspruch, er ist nur nicht durchsetzbar. Knüpft das Gesetz eine Rechtsfolge an ein konstitutives Gestaltungsurteil, so ist dies ausdrücklich angeordnet, §§ 1564 S. 1, 315 Abs. 3 S. 2 BGB, 133 HGB. Die bestimmenden Urteile haben also eine bloß konkretisierende Funktion.

Bei den bestimmenden Anerkenntnissen, seien sie unselbständig im Rahmen eines Vergleichs abgegeben, seien sie selbständig, wird man unterscheiden müssen: Überschreiten die Parteien bewußt den der Schätzung oder im Gesetz vorgegebenen Rahmen, liegt ein konstitutives Geschäft vor, bleiben sie in diesem Rahmen bzw. überschreiten sie ihn unbewußt, ist ein deklaratorisches Anerkenntnis anzunehmen (84).

83) Thomas-Putzo, Anm. 3 zu § 253 ZPO; Medicus, Schuldrecht I, § 21 II 1, III 2; h.L., a.A.: Kornblum, AcP 168, 450 (463).

84) Darstellung der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung: Palandt-Thomas, Anm. 2 zu § 781 BGB.

6) Anwendbarkeit des § 266 BGB vor der Vornahme der Bestimmung

a) Denkbare allgemeine Lösungsmöglichkeiten

Steht der vom Schuldner zu bewirkende Leistungserfolg objektiv noch nicht eindeutig, nur der Größenordnung nach fest, so lassen sich modellhaft zwei Lösungen für die Anwendung des § 266 BGB entwickeln:

Eine strenge Betrachtung wird darauf abstellen, daß das Schuldverhältnis in diesem Stadium noch gar nicht erfüllungsfähig ist, und es auch an einem exakten Maßstab für die Feststellung einer Teilleistung fehlt. Danach wäre § 266 BGB zunächst noch nicht anzuwenden. Eine Verpflichtung zur Erbringung und eine Obliegenheit zur Annahme später anzurechnender Vorleistungen ergeben sich danach nicht aus dem noch unbestimmten Anspruch, allenfalls aus anderen Rechtsgründen.

Die genau entgegengesetzte Ansicht liefe darauf hinaus, das Forderungsrecht als der Größenordnung nach bestimmt anzusehen (85), Leistungsverpflichtung und korrespondierende Annahmepflichtigkeit danach auszurichten: Jede Leistung im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Größenordnung oder im Schätzungsbereich müßte der Gläubiger zur Meidung des Annahmeverzugs akzeptieren; sie wäre mangels eines exakteren Maßstabs keine Teilleistung.

Die erste Alternative hat den Vorzug großer begrifflicher Klarheit und Rechtssicherheit. Die erst noch zu konkretisierende Anspruchshöhe wird als solche behandelt, an die Beteiligten werden keine unzumutbaren Anforderungen gestellt: Der Schuldner muß nicht ermitteln, was exakt er zu erbringen hat, der Gläubiger nicht, was anzunehmende Voll-, was Teilleistung ist. Bei konse-

85) ähnlich für den Klageantrag: Pawlowski, NJW 1961, 341 (343).

quenter Durchführung gelangt diese strenge Auffassung aber zu untragbaren Konsequenzen: Die Forderung wäre erst mit der Vornahme der Bestimmung fällig, d.h. unter Umständen erst nach einem in mehreren Instanzen geführten Prozeß. Für den Schuldner, der mangels Fälligkeit weder Verzugsfolgen noch Prozeßzinsen zu tragen hätte, stellte diese Rechtslage geradezu eine Herausforderung dar, lange zu prozessieren, um so den Ertrag des Geschuldeten für sich zu behalten. - Auch wirtschaftlich wirkt es unbefriedigend, den gesamten Anspruch wegen der Unsicherheit über seine exakte Höhe unerfüllt zu lassen.

Die zweite Lösung erscheint demgegenüber wirtschaftlich vernünftig. Sie ist freilich in die Regelungen über die Erfüllung, §§ 362 ff. BGB, nur schwer einzuordnen: § 362 BGB geht davon aus, daß der geschuldete Erfolg, nicht ein wirtschaftlich ähnlicher Erfolg zu bewirken ist. Die Leistung soll "das Ziel und der bestimmungsmäßige Beendigungsgrund" (86) des Schuldverhältnisses sein, also auf einmal erfolgen.

Sodann gilt das gleiche, was bereits für das sog. Spitzenbetragsargument ausgeführt wurde (87). Auch die Ermittlung der richtigen Größenordnung, die stets relativ ist, wird die Parteien oft überfordern: streiten sie darüber, ob die zerstörte Sache DM 5000.- oder DM 4000.- wert war, mag der Mittelwert von DM 4500.- ein gewisser Anhaltspunkt sein. Zwingend ist eine solche rein rechnerische Lösung keineswegs. Der Meinungsstreit darüber, ob ein unbezifferter Klageantrag die Angabe einer Größenordnung erfordere oder nicht (88), belegt diese Problematik unter einem anderen Gesichtspunkt. - Schließlich führt diese Lösung dazu, daß einer umfassenden vertraglichen Streitbeendigung (89), die

86) RGRK-Weber, Rz. 1 zu § 362 BGB.

87) § 14 I 2 b.

88) Darstellung bei Pawlowski, NJW 1961, 341 (343/344).

89) s.o. § 18 III 5 b cc/dd.

als rechtspolitisch höchst erwünscht gelten muß, Schranken gesetzt werden. Muß sich der Gläubiger eine teilweise Erfüllung aufdrängen lassen, verengt sich wider seinen Willen der Verhandlungsstoff auf den besonders umstrittenen Bereich. Die Gefahr, daß über die Restforderung dann das Gericht entscheiden muß, ist groß: Weitere offene Verhandlungen werden erschwert dadurch, daß sich der Gläubiger nicht abspesen lassen will, andererseits der Schuldner der Meinung ist, er habe bereits alles erfüllt.

Eine überzeugende allgemeingültige Lösung läßt sich aus diesen begrifflichen Überlegungen also nicht herleiten. Die Betrachtung der spezielleren Rechts- und Interessenlage in den typischerweise betroffenen Fällen vermag bessere Aufschlüsse zu erbringen. Auch wenn im Rahmen des § 266 BGB nur die Frage einer Annahmepflicht des Gläubigers von Bedeutung ist, müssen der Ausgewogenheit wegen die Rechte und Pflichten beider Seiten vor der Vornahme der umfangmäßigen Bestimmung betrachtet werden. Der Ausgangspunkt ist bei Schuldner und Gläubiger freilich verschieden: Die Leistungsverpflichtung des Schuldners ist eine selbständige Rechtspflicht, deren schuldhaftige Verletzung ersatzpflichtig macht, §§ 241, 280, 286, 325, 326 BGB. Dagegen ist der Gläubiger regelmäßig in diesem Sinne nicht zur Annahme verpflichtet, sondern er hat nur eine diesbezügliche Obliegenheit mit den Rechtsnachteilen der §§ 293 ff. BGB (90).

b) Umfangmäßig objektiv noch unbestimmte Schadensersatzansprüche

aa) Die Leistungsverpflichtung des Schuldners

Eine Reihe schadensrechtlicher Regelungen ergibt, daß die Inpflichtnahme des Schädigers unabhängig vom Zeitpunkt der Scha-

90) s.o. § 16 II 2; dazu, daß der eingebürgerte Begriff Obliegenheit wenig erbringt: Staudinger-Löwisch, Rz. 1 vor § 293 BGB.

denzbewertung mit dem schädigenden Ereignis beginnt und bis zur Erfüllung andauert. Die wichtigste Regelung ist § 249 S. 1 BGB: Der Grundsatz der Naturalrestitution, ebenso übrigens die bei Geldersatz vorgenommene umfassende Differenzbetrachtung, zielt auf die Herbeiführung des Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Der Lauf der Dinge, die zu erwartende Fortentwicklung des unbeschädigten Vermögens werden mit in den zu ersetzenden Schaden eingerechnet (91). Ausdrückliche Berücksichtigung findet diese Rückbeziehung in § 252 S. 1 BGB (92). Die dem Gesetz zugrundeliegende Vorstellung der Totalreparation anerkennt einen Anspruch auf Ersatz der sich aus der weiteren Entwicklung ergebenden Schäden und belastet den Schädiger mit den Folgen des Umstands, daß eine Bestimmung des zu leistenden Ersatzes oft erst lange nach dem Schadensereignis möglich ist.

Augenfällig ist diese gesetzliche Absicht auch in § 849 BGB. Gesetzliche Verzinsungsordnungen beruhen auf dem Gedanken, daß sich der Kapitalbetrag während des Zinslaufs in den falschen Händen befindet (93). § 849 BGB läßt ebenso wie § 290 BGB den Zinslauf nicht mit dem Zeitpunkt der Vornahme der Bestimmung beginnen, sondern mit dem, der der Bestimmung zugrundegelegt wird, regelmäßig also dem der Schadensentstehung. Auch wenn der Sachwert geschätzt werden muß, gilt er als dem Gläubiger bereits mit Schadenseintritt zustehend (94).

Es entspricht diesen gesetzlichen Wertentscheidungen, wenn die Praxis die Fälligkeit höhenmäßig noch unbestimmter Ersatzforderungen bereits für den Zeitraum vor der Ausübung richterlichen

91) RGRK-Alff, Rz. 1 zu § 249 BGB; MüKo-Grunsky, Rz. 3 zu § 249 BGB.

92) Staudinger-Medicus, Rz. 1 zu § 252 BGB.

93) Larenz, Schuldrecht I, § 12 VII.

94) MüKo-Mertens, Rz. 4 zu § 849 BGB; Staudinger-Schäfer, 10./11. A., Rz. 6 zu § 849 BGB.

Ermessens bejaht (95), dies auch dann, wenn der Gläubiger seinerseits bei der Einforderung, Mahnung oder Klage keine Bezifferung vorgenommen hatte (96).

Aus der umfassenden Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes (97) wird auch zu schließen sein, daß der Schädiger bereits vor der endgültigen Bestimmung der Anspruchshöhe zur Bereinigung seiner Verpflichtung beizutragen hat. Daß er dabei in den beschriebenen Fällen bestenfalls die richtige Größenordnung treffen kann, also nicht der volle Anspruch nach § 362 BGB erlischt, benachteiligt ihn nicht. Er gerät nicht in Schuldnerverzug, wenn er anbietet, was er schuldlos, § 285 BGB, für den Umfang der von ihm geschuldeten Leistung hält (98). Klageveranlassung gibt er allenfalls in der Höhe der nicht angebotenen Mehrforderung des Gläubigers (99).

Ob der Schuldner derartige, später anzurechnende Leistungen auch gegen den Willen des Gläubigers erbringen kann, hängt davon ab, ob bereits vor der Vornahme der Bestimmung eine Annahmepflicht des Ersatzgläubigers bejaht werden muß.

bb) Annahmepflicht des Gläubigers

Mit einem Vergleichsantrag verknüpfte Vorleistungen des Schuldners braucht der Gläubiger nicht anzunehmen (100).

Im Übrigen könnte die allgemeine Annahmepflicht der §§ 923 ff. BGB auch für die Gläubiger eines objektiv noch unbestimmten

95) BGH NJW 1965, 1374 (1376); BGH NJW 1965, 531.

96) OLG Celle NJW 1963, 1205.

97) MUKo-Grunsky, Rz. 3 vor § 249 BGB.

98) s.o. § 10 IV.

99) § 14 I 4 d.

100) s.o. § 18 III 5 b cc; richtig also: OLG München VersR 1962, 673 u. VersR 1959, 550 (551); OLG Celle DAR 1958, 304.

Ersatzanspruchs gelten (101). Die Regelung des § 294 BGB muß zum Ausgangspunkt genommen werden (102). Steht noch nicht eindeutig fest, was geschuldet ist, fehlt auch im Rahmen dieser Norm der Maßstab dafür, was ein korrektes Angebot ist. Der Tatbestand des Annahmeverzugs ist also bei streng begrifflicher Betrachtung in diesem Stadium nicht zu verwirklichen. Man mag nun auch § 294 BGB dahin erweiternd auslegen, daß ein die richtige Größenordnung treffendes Angebot (103) in den Fällen noch nicht eindeutig bestimmter Ansprüche ausreicht. Vor einer solchen erweitern-den Auslegung sind die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs auf ihre wertungsgerechte Anwendbarkeit in diesen Fällen zu untersuchen: Die Möglichkeit, durch Hinterlegung der angebotenen Summe eine entsprechende endgültige Teilerfüllungswirkung erreichen zu können, §§ 372 S. 1, 378 BGB, mag für den leistungswilligen Schuldner von allgemeinem Interesse sein, die ausstehenden Verbindlichkeiten verringern sich demgemäß. Da der Gläubiger eine Mehrforderung geltend macht, die der Schuldner nicht begleichen will, kann dieser Vorteil nicht allzu hoch bewertet werden. Dem steht gegenüber, daß durch die entsprechende Erfüllungswirkung der Verhandlungsspielraum wider den Willen des Gläubigers verengt wird (104). Das von Rother angeführte Rabattargument (105) bekommt hier Bedeutung: angesichts der Verringerung des Streitstoffs mag es in der Tat für den Gläubiger unwirtschaftlich werden, einen weiteren Briefwechsel zu führen. Überdies wird man dem Angebot einer Teilleistung sehr oft eine zweite Bedeutung zusprechen müssen: Der Schuldner wird seine Verhandlungsposition dadurch verbessern wollen, daß er sich weitgehend leistungsbereit zeigt,

101) s.o. § 16 II 2.

102) vgl. o. § 18 III 6 a.

103) Dies ist auch das Ergebnis der vorherrschenden Auffassung zur Anwendung des § 266 BGB bei umfangmäßig bestrittenen Forderungen, vgl. o. § 4 III 4 b.

104) s.o. § 18 III 5 b dd.

105) Rother, NJW 1965, 1749 (1750/1751).

um selbst Umfang und Inhalt der weiteren Auseinandersetzungen zu bestimmen.

Ist der Gläubiger dagegen verhandlungsunwillig, wird durch die Möglichkeit der Hinterlegung nicht viel gewonnen: er wird dennoch über die ihm berechtigt erscheinende Gesamtforderung prozessieren, dies mit der Begründung, durch die rechtswidrige Hinterlegung (106) sei keine Tilgung eingetreten.

Die beschriebene Möglichkeit einer dem Gläubiger aufgezwungenen teilweisen Tilgung hat wenig überzeugende Auswirkungen.

§§ 300 Abs. 1 und 2 BGB passen nicht auf unbar erfolgende Geldleistungen, die heute v.a. seitens Versicherungsunternehmen auch bei der Schadensbegleichung überwiegen. Daß etwa ein privater Schädiger eine bare Geldleistung anbietet, die nach der Ablehnung durch den Gläubiger dann unvermischt ohne Verschulden, höchstens aufgrund leichter Fahrlässigkeit des Schuldners untergeht, wirkt bereits wie ein arg konstruierter Schulfall, §§ 270 Abs. 1, 300 Abs. 2, gegebenenfalls Abs. 1 BGB (107). Es ist freilich nicht recht einzusehen, warum der Geschädigte, der hartnäckig auf seinen Forderungen beharrt und keine Vorableistungen fordert, mit dem Risiko eines solchen Vorgehens des Schuldners belastet werden soll. Der Schuldner will damit regelmäßig auch seine Verhandlungsposition verbessern und den Streitstoff begrenzen - man wird von ihm also zumindest eine Vorankündigung des Teilangebots an den Gläubiger erwarten müssen. Lehnt der Gläubiger bereits zu diesem Zeitpunkt ab, entfällt jedes Motiv für einen Gefährübergang. Ebensowenig ist es angemessen, den Geschädigten gemäß § 304 BGB mit den Kosten eines derartigen Erfüllungssangebots zu belasten.

106) RGZ 66, 409 (412).

107) Staudinger-Löwisch, Rz. 14 zu § 300 BGB.

Einzig § 301 BGB scheint wertungsmäßig überzeugende Ergebnisse zu erbringen (108); es wirkt gerecht, wenn der Geschädigte für die abgewiesene Summe keine Zinsen mehr fordern kann. Allerdings wiegen die nach §§ 849, 291, 246 BGB geschuldeten Zinsen wirtschaftlich nicht allzu schwer. Regelmäßig wird man davon ausgehen müssen, daß der Gläubiger jeden Betrag annimmt, um nicht auf eine gesetzliche Verzinsung beschränkt zu sein (109). - Die wirtschaftlich realistischen, höheren Verzugsfolgeansprüche kann der Gläubiger nur geltend machen, wenn die angebotene Teilleistung schuldhaft zu niedrig bemessen ist, §§ 288, 286 jeweils i.V.m. 285 BGB. Dann ist der Schuldner nicht schutzwürdig.

Tatsächlich gezogene Zinsen hat der Schuldner nach § 302 BGB auch im Annahmeverzug zu erstatten (110), was den Anwendungsbereich des § 301 BGB verengt. Damit entsteht aber ein Wertungswiderspruch: Ein Schädiger, der seine Ersatzverpflichtung dem Grunde nach kennt, sollte während der Zeit der Ungewißheit über die exakte Höhe des zu erbringenden einen zur Deckung ungefähr ausreichenden Betrag verzinslich anlegen. Es kommen freilich nur jederzeit disponible Geldanlagen in Betracht, damit der Gläubiger bei Feststellung des Umfangs sofort befriedigt werden kann. Die etwa bei Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist erreichbaren Zinsen (Sommer 1983: ca. 3 bis 3,6 %) erleichtern die Erstattung der dem Gläubiger geschuldeten Zinsen.

Im Rahmen des § 849 BGB ist es der Ersatzschuldner, den das Gesetz mit Schadensausweitungen durch die Verspätung der Konkretisierung belastet. Daß der Schädiger über § 301 BGB eine Unterbrechung des Zinslaufs herbeiführen können soll, paßt wenig dazu: Der Gläubiger kann zur einverständlichen Konkretisierung nicht gezwungen werden.

108) vgl. dazu auch Staudinger-Löwisch a.a.O.

109) s.o. Einleitung, S. 3.

110) BGH NJW 1958, 137 (138); Staudinger-Löwisch, Rz. 4 zu § 301 BGB, 2 zu § 302 BGB; RGRK-Alff, Rz. 2 zu § 301 BGB.

Prozeßzinsen "erkauft" der Schuldner mit dem Risiko eines Teilerkenntnisses und dem Tragen der anteiligen Gerichtskosten (111). Auch hier ist der Schuldner nicht an einer verzinlichen Anlage gehindert; ab Rechtshängigkeit dürfte sogar besonderer Anlaß dazu bestehen.

Generell ist zu den nach §§ 291, 849 BGB geschuldeten Zinsen zu bemerken, daß eine bewußte Wertentscheidung des Gesetzgebers zu Lasten des Beklagten bzw. Schädigers, unabhängig von deren Kenntnis vorliegt (112). Selbst wenn die fraglichen Forderungen nicht einmal dem Grunde nach bekannt sind - ein Erbe wird von einer Klageerhebung überrascht (§ 291 BGB), der Geschäftsherr weiß nichts von der durch den Verrichtungsgehilfen beschädigten Sache (§ 849 BGB) - sind Zinsen zu entrichten. Unter diesen Voraussetzungen ist der Schuldner, der nur den von ihm für ausreichend angesehenen Betrag auf die ihm dem Grunde nach bekannte Forderung angeboten hat, nicht zu schützen. Er läßt sich bewußt auf einen Prozeß ein, bzw. erfüllt bewußt die Wertersatzforderung nur zum Teil. Angesichts der eindeutigen gesetzlichen Entscheidung zu Lasten der Schuldner, die durchaus angreifbar sein mag, ist der Weiterlauf der Zinsen über die volle Summe nach Ablehnung eines Teilangebots hinzunehmen: mit dem Teilangebot erfüllt der Schuldner nur seine Verpflichtung, zumindest in bereits bekannter Schadenshöhe die Regulierung anzubieten, um nicht in Verzug zu geraten. §§ 849, 291 BGB bleiben hiervon unberührt. "Prozeßzinsen ... bedeuten vielmehr eine Art Risikozuschlag, den der Schuldner zu entrichten hat, wenn er sich auf einen Prozeß einläßt und unterliegt." (113)

111) s.o. § 14 I 4 d.

112) MüKo-Walchshöfer, Rz. 1 zu § 291 BGB; RGRK-Alff, Rz. 1 zu § 291; Palandt-Thomas, Anm. 1 u. 2 zu § 849 BGB.

113) Staudinger-Löwisch, Rz. 1 zu § 291 BGB.

Die allgemeine - aus §§ 293 ff. BGB abgeleitete - Annahmepflicht des Ersatzgläubigers ist für den Zeitraum vor der höhenmäßigen Festlegung des Anspruchs nur mit einer erweiternden Auslegung des § 294 BGB zu begründen. Eine solche großzügige Auslegung liefert jedoch wenig sinnvolle Ergebnisse, da die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs die Verhandlungsposition des Gläubigers einseitig einengen. Auf objektiv noch nicht eindeutig festliegende Ersatzansprüche sollten daher vorrangig die speziellen Obliegenheiten des Schadensabwicklungsverhältnisses herangezogen werden.

Geht man mit dem OLG Karlsruhe von einer Förderungspflicht des Ersatzschuldners aus (114), die ihn zu einer möglichst umgehenden Befriedigung des Geschädigten anhält, so kann dieser auf eine solche Besserstellung selbstverständlich verzichten. Eine korrespondierende Annahmepflicht und die Anwendung des § 266 BGB sind aus diesem Gesichtspunkt heraus nicht zu begründen. Im übrigen bedarf es der Annahme einer besonderen Förderungspflicht nicht: nach dem oben Gesagten ergibt es sich direkt aus dem Gesetz, daß der Schädiger auch vor der endgültigen Fixierung der gegen ihn bestehenden Ansprüche anzurechnende Leistungen zu erbringen hat.

Eine Annahmepflicht könnte sich aus der in § 254 Abs. 2 BGB dem Geschädigten auferlegten Schadensminderungspflicht ergeben (115), dies für all die Fälle, in denen durch die Annahme und sofortige Verwendung der Teilleistung der Schaden geringer geblieben wäre. So wird ein verständiger Geschädigter (116) umgehend Ersatz beschaffen und nicht zuwarten, bis der Schädiger auch Preiserhöhungen zu tragen hat. Das Angebot anteiligen oder auf gewisse Schadensposten bezogenen Ersatzes, das dem Gläubiger bereits

114) OLG Karlsruhe NJW 1973, 851 ff.; s.o. § 10 III.

115) s.o. § 10 II.

116) zu den in § 254 Abs. 2 BGB enthaltenen Anforderungen an den Gläubiger: RGRK-Alff, Rz. 39 zu § 254 BGB; MüKo-Grunsky, Rz. 44 zu § 254 BGB.

vernünftige Dispositionen erlaubt, ist für die im konkreten Fall vorzunehmenden Maßnahmen von Bedeutung. - Wichtig ist nun, daß aus § 254 Abs. 2 BGB keine allgemeine Annahmepflicht abgeleitet werden kann. Die Rechtsfolge des Mitverschuldenseinwands ist lediglich die Beschränkung der Ersatzansprüche des Geschädigten (117).

Entscheidend gegen eine generelle Annahmepflicht spricht in all den Fällen noch unbestimmter Ersatzansprüche, daß die Beteiligten durch das Schadensereignis eine regelmäßig beiden, zumindest aber dem Gläubiger, unerwünschte Zufallsgemeinschaft eingehen. Demgemäß verfolgen sie wirtschaftlich und rechtlich genau entgegengesetzte Ziele. Stellt sich der Geschädigte auf den Standpunkt, er wolle von seinen Forderungen nicht abrücken und sie insgesamt einklagen, wenn sie der Schädiger nicht freiwillig erfülle, so ist dieses Verhalten menschlich nicht besonders hochstehend und, wie gezeigt, rechtspolitisch unerwünscht. Der Gläubiger trägt dafür aber das Kostenrisiko des § 93 ZPO; durch die Nichtannahme von Angeboten des Schuldners mag ihm auch die Geltendmachung von Mehrschäden nach § 254 Abs. 2 BGB abgeschnitten sein. - Angesichts der objektiv unsicheren Anspruchshöhe kann die umfassende Annahmepflicht der §§ 293 ff. BGB jedoch in dieser Situation noch nicht bejaht werden.

Schutzwürdige Interessen des Ersatzschuldners werden durch diese Lösung nicht beeinträchtigt: umfaßt sein Angebot alles, was er ohne Verschulden für die berechnete Forderungshöhe hält, gerät er nicht in Verzug (118). Gegen die nach §§ 849, 291 BGB geschuldeten gesetzlichen Zinsen kann er sich teilweise durch verzinsliche Anlage des angebotenen Betrages schützen. Überdies

117) Medicus, Schuldrecht I, § 59 I 1 b; MüKo-Grunsky, Rz. 38 zu § 254 BGB.

118) s.o. § 10 IV.

wären diese Zinsen auch geschuldet, wenn dem Schuldner der gegen ihn gerichtete Anspruch sogar dem Grunde nach unbekannt wäre. Schadensausweitungen, die durch die ablehnende Haltung des Gläubigers entstanden sind, sind nach § 254 Abs. 2 BGB nicht zu ersetzen.

cc) Die kostenrechtliche Lage in den Fällen objektiv unbestimmter Anspruchshöhe, § 93 ZPO

Die kostenrechtliche Beurteilung mag bei den erst zu bestimmenden Ansprüchen im Einzelfall schwierig sein: Es muß dem leistungsbereiten Schuldner die Möglichkeit zugesprochen werden, ein unbeziffertes Anerkenntnis über einen in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag abzugeben (119), dies v.a. dann, wenn der Kläger seinerseits einen unbestimmten Klageantrag einreichte. Jede andere Lösung verschiebt das Kostenrisiko zuungunsten des Beklagten. Aber auch ein beziffertes Anerkenntnis, das den vom Gericht später zugesprochenen Betrag unterschreitet, muß in analoger Anwendung des § 92 Abs. 2 ZPO bei Vorliegen der dort angegebenen Voraussetzungen wie ein Vollerkenntnis gewürdigt werden (120).

Wichtiger ist die Frage der Klageveranlassung: sie entscheidet letztendlich darüber, wer die aufgrund der Unbestimmtheit vieler Ersatzansprüche gegebene objektive Unsicherheit über die Forderungshöhe kostenrechtlich zu tragen hat. Keine Klageveranlassung besteht in Höhe des freiwillig angebotenen Betrags (121). Zeigte sich der Schuldner über sein Angebot hinaus verhandlungs-

119) so ausdrücklich Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Anm. 2 B zu § 93 ZPO;

ähnlich: Stein-Jonas-Münzberg, Anm. II 2 zu § 93 ZPO.

120) In einer anderen Fallage hat auch RGZ 142, 84 ff. § 92 Abs. 2 ZPO analog zugunsten des Beklagten angewendet.

121) s.o. § 14 I 4 d.

willig, wird die Klageveranlassung auch insoweit zu verneinen sein. Nur so kann auch über die Mehrforderung noch ein Vergleich zustandekommen.

Anders dagegen, wenn der Schädiger eine bestimmte Grenze seiner Leistungsbereitschaft nannte, die Verhandlungen verzögerte oder nur noch zum Schein führte. Dann wird Klageveranlassung zu bejahen sein und der Geschädigte vom Kostenrisiko entlastet.

dd) Ergebnis

Für Schadensabwicklungsfälle gilt vor der endgültigen höhenmäßigen Bestimmung noch unbestimmter Ansprüche: es kann nicht von einer Annahmepflicht des Geschädigten ausgegangen werden, so daß das Ablehnungsrecht des § 266 BGB nicht ausgeübt zu werden braucht. Der ablehnende Gläubiger trägt nur die Nachteile, die sich aus § 254 Abs. 2 BGB sowie § 93 ZPO ergeben. Fälschlich gehen die Gerichte davon aus, daß § 266 BGB bei noch unbestimmten Schmerzensgeldforderungen tatbestandlich anwendbar sei und über die zu § 242 BGB entwickelten Grundsätze überlagert werden müsse (122).

Falsch ist ebenso die tatbestandliche Bejahung in Fällen von dem Mitverschuldenseinwand ausgesetzten Ansprüchen (123). Schließlich geht es auch nicht an, die Zurückweisung in den Fällen auf § 266 BGB zu stützen, in denen im tatsächlichen Bereich eine Schätzung vorgenommen werden muß, weil eine eindeutige Ermittlung des zu ersetzenden Werts ausscheidet (124).

122) OLG München VersR 1962, 673; BGH VersR 1964, 488 (490); OLG Düsseldorf VersR 1966, 1055; LG Nürnberg-Fürth VersR 1967, 511.

123) OLG München VersR 1959, 550; AG Tuttlingen VersR 1963, 492.

124) Die zu § 266 BGB veröffentlichten Entscheidungen sind oft nur mit sehr gedrängter Sachverhaltsschilderung versehen, vgl. aber LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 und OLG Hamm VersR 1967, 383.

Unrichtig ist auch die Gedankenführung des OLG Nürnberg und des LG Nürnberg-Fürth, die in den Fällen einer Kreditaufnahme durch den Geschädigten nach Ablehnung einer Teilleistung § 266 BGB grundsätzlich für anwendbar erklärten und die Norm über die Grundsätze von Treu und Glauben wieder ausschlossen. Der Verweis auf § 254 Abs. 2 BGB hätte genügt, die Mehrschäden sind danach nicht zu ersetzen (125).

c) Unterhaltsansprüche vor der genauen Bestimmung ihrer Höhe

aa) Die Gegenwartsbezogenheit des laufenden Unterhalts

Die Ansprüche auf laufenden Unterhalt sind sehr stark gegenwartsbezogen: sie dienen der Deckung des gerade anfallenden Bedarfs des Unterhaltsberechtigten, wie sich aus §§ 1569, 1601, 1602 Abs. 1, 1610, 1612, 1614 Abs. 2 BGB ergibt (126). Die Verzögerung der Bestimmung des Geschuldeten, die sich aus lange dauernden Verhandlungen der Parteien oder aus der Dauer des Gerichtsverfahrens über die Höhe des Geschuldeten ergibt, steht zu diesem Charakteristikum des Unterhalts in Diskrepanz. Dies gilt nach der gesetzlichen Wertentscheidung auch für vermögende minderjährige unverheiratete Kinder, soweit sie nach § 1602 Abs. 2 BGB bedürftig sind. Ihnen will das Gesetz ja ersparen, den Stamm ihres Vermögens anzugreifen.

bb) Die Leistungsverpflichtung des Schuldners

Bereits hieraus erhellt, daß vor der endgültigen Klärung der Höhe des Geschuldeten eine Leistungspflicht des Schuldners besteht. Das Gesetz selbst geht in § 1613 Abs. 1 BGB davon aus, daß der

125) OLG Nürnberg DAR 1964, 103 (105); LG Nürnberg-Fürth VersR 1965, 1060 (1062).

126) Dölle, § 86 XV; MüKo-Köhler, Rz. 1 zu § 1613 BGB.

Unterhaltsschuldner mit einem noch nicht rechtshängigen Anspruch in Verzug geraten kann, setzt also die Fälligkeit früher an als die endgültige Bestimmung der Höhe der zu leistenden Raten. Der Verzug setzt freilich eine Mahnung, also eine Aufforderung des Gläubigers, bereits vor der Festsetzung zu leisten, voraus (127).

cc) Keine privatrechtliche Annahmepflicht des
Unterhaltsgläubigers

Solange noch nicht feststeht, was der Unterhaltsgläubiger exakt zu fordern hat, passen die Regelungen über den Annahmeverzug von Tatbestand und Rechtsfolgen her ebensowenig wie in den Schadensabwicklungsfällen: es käme lediglich die Unterbrechung des Zinslaufs von Prozeßzinsen bzw. die Hinderung des Anspruchseintritts in Frage, §§ 301, 291 BGB. Dieser Punkt ist jedoch wertungsneutral: Der Schuldner kann sich wirtschaftlich durch Anlage des Abgelehnten wenigstens teilweise sichern, er hätte auch in vollständiger Unkenntnis seiner Unterhaltsverpflichtung die Verzinsung nach § 291 BGB zu tragen (128). - Trifft ihn dagegen ein verzugsbegründendes Verschulden (§ 285 BGB), so ist er nicht schutzwürdig, wenn ihm die Zinsen nach § 288 BGB überbürdet werden.

Auch eine speziell unterhaltsrechtliche Annahmepflicht, die aus Eigenheiten des Unterhaltsrechts herzuleiten wäre, kann nicht angenommen werden. Die Ablehnung einer angebotenen Teilrate ist Unterhaltsverzicht für die Gegenwart, als solcher zulässig, § 1614 Abs. 1 BGB. Die "Bedürftigkeit" des Unterhaltsgläubigers begründet keine Annahmepflicht. Es mag eben für den schlechtgestellten Unterhaltsgläubiger Ansprüche auf Leistungen

127) MüKo-Köhler, Rz. 3 zu § 1613 BGB; Palandt-Diederichsen, Anm. 2 a zu § 1613 BGB.

128) s.o. § 18 III 6 b bb.

der öffentlichen Hände geben, die er lieber realisiert als verwandtschaftliche Beziehungen mit Mehrforderungen zu belasten. - Bei nachrangigen sozialen Leistungen sind die öffentlichen Interessen durch die Möglichkeit der Überleitung, etwa nach §§ 90, 91 BSHG, 37 BAFöG, geschützt (129).

Streng davon zu scheiden ist die Frage öffentlich-rechtlicher Obliegenheiten, angebotene Unterhaltsleistungen auch anzunehmen: So wird nach § 2 Abs. 1 BSHG wegen des Nachrangs der Sozialhilfe bei zumutbarer Realisierung von Unterhaltsansprüchen keine Sozialhilfe gewährt. Die Annahme freiwillig angebotener Beträge wird stets zumutbar sein (130). Die Vorschußleistung nach § 6 BAFöG wird nur geleistet, wenn der Antragsteller glaubhaft machen kann, daß seine Eltern nicht leisteten. Regelmäßig werden die Eltern dazu gehört. Teilangebote der Eltern schmälern die Vorausleistung in entsprechender Höhe (131).

Auch für noch nicht durch Unterhaltsvertrag oder Urteil festgelegte Unterhaltsansprüche gilt, daß die Zurückweisung von Teilangeboten nicht auf § 266 BGB gestützt werden kann, da die dieser Norm "vorgeschaltete" Annahmepflicht des Gläubigers nicht besteht. Zu Unrecht hat das OLG Stuttgart (132) § 266 BGB angeführt, um die Klageveranlassung durch den Gläubiger zu bejahen. Richtig wäre die Prüfung der umstrittenen Frage gewesen, wer die Kosten einer dem Unterhaltsgläubiger stets zustehenden Titulierung seines Anspruchs zu tragen hat (133).

129) Darstellung der öffentlichen Unterstützungsleistungen bei: Schellhorn-Jirasek-Seipp, Rz. 7 ff. zu § 81 BSHG.

130) dies., Rz. 4 f. zu § 2 BSHG; Mergler/Zink, Anm. 18 zu § 2 BSHG.

131) Rothe-Blanke, Anm. 7, 3 zu § 37 BAFöG.

132) OLG Stuttgart NJW 1978, 112.

133) Kostentragungspflicht des Schuldners: AG Freiburg FamRZ 1978, 437; des Gläubigers: LG Flensburg FamRZ 1974, 541; FamRZ 1978, 826; weitere Nachweise: Palandt-Diederichsen, Anm. 6 vor § 1601 BGB.

§ 19) Die im noch nicht bestandskräftigen Enteignungsbeschluß festgesetzte Entschädigung als Teilleistung

Die Anwendbarkeit des § 266 BGB auf die im angefochtenen Enteignungsbeschluß festgesetzte Entschädigung wird mit der Begründung verneint, privatrechtliche Regelungen über die Leistungserbringung könnten im öffentlich-rechtlich geprägten Verhältnis von Enteignetem und Enteignungsbegünstigten nicht herangezogen werden (1). Dabei wird übersehen, daß eine analoge Anwendung allgemein schuldrechtlicher Regelungen zur Ergänzung lückenhafter öffentlich-rechtlicher Verhältnisse durchaus in Betracht kommt (2). Die Eigenart des Enteignungsverhältnisses steht nicht entgegen: § 266 BGB ist eine Hilfsregel der Erfüllungsabwicklung und enthält als solche wenig eigenständige Pflichtenanordnungen (3).

Die Frage, welches Angebot "angemessen" ist und eine Sperrwirkung hinsichtlich der Höhe der Enteignungsentschädigung auslöst, § 95 Abs. 2 Nr. 3 BBauG, Art. 10 Abs. 3 Nr. 3 BayEG, ist dagegen mit der Frage einer Annahmepflicht auch dann nicht zu verknüpfen, wenn bereits ein Enteignungsbeschluß erlassen ist (4). Die Sperrwirkung soll die Spekulation auf die Steigerung der Grundstückswerte während des Enteignungsverfahrens verhindern und ist damit mit jedem in der richtigen Größenordnung liegenden Angebot verknüpft. Bereits tatbestandlich wird vorausgesetzt, daß die Annahme abgelehnt wird. - Die Annahmepflicht dagegen hat privatrechtliche Folgen wie die Möglichkeit einer erzwungenen Tilgung durch Hinterlegung und die Unterbrechung des Zinslaufs, §§ 293 ff. BGB.

1) BGH NJW 1965, 1761 (1762); BGH MDR 1968, 127; RGRK-Alff, Rz. 6 zu § 266 BGB.

2) Palandt-Heinrichs, Anm. 6 b vor § 241 BGB.

3) s.o. § 16 II.

4) so fälschlich BGHZ 61, 240 (245); eher wie hier Schrödter, Rz. 7 zu § 95 BBauG.

Für diese Annahmepflicht entscheidend ist, daß auch die Höhe der Enteignungsentschädigung bis zu ihrer vertraglichen, bestands- oder rechtskräftigen Festlegung unbestimmt ist: Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG nennt nur Abwägungskriterien, die Sondergesetze sind präziser: Der "Verkehrswert" ist der in §§ 95, 142 BBauG, Art. 10 Abs. 1 BayEG vorgeschriebene Maßstab, der "gemeine Wert" in § 18 LBG vorgesehen. Anerkannt ist auch (5), daß die Bemessung der genauen Entschädigungssumme vor Gericht nach § 287 Abs. 1 ZPO analog erfolgt; auch der nach einem förmlichen Verwaltungsverfahren ergangene Enteignungsbeschluß wird als Ausübung eines solchen konkretisierenden Schätzungsermessens angesehen (6), soweit die Entschädigungsfestsetzung betroffen ist.

Damit ist zu überprüfen, ob eine Annahmepflicht des Enteigneten nach Ergehen des Enteignungsbeschlusses angenommen werden muß. Tatbestand und Rechtsfolgen des Annahmeverzugs - in analoger Anwendung - passen nicht. Spezielle enteignungsrechtliche Gegebenheiten sprechen ebenfalls nicht für eine Annahmepflicht: Es kommt insbesondere nicht zu einer Verzögerung der Durchführung der Enteignung, denn der Enteignungsbegünstigte kann die Anordnung einer Vorauszahlung bewirken, Art. 29 Abs. 4 BayEG, § 111 S. 2 BBauG, wenn nur die Entschädigungshöhe im Streit ist. Durch deren Zahlung bzw. Hinterlegung ist der Weg zur Durchführung der Enteignung vor der endgültigen Festsetzung der Entschädigung frei, Art. 34 Abs. 2 BayEG, § 117 Abs. 2 BBauG. - Ist dagegen die Enteignung als solche im Streit, kann sie ohnehin erst nach der Entscheidung der letzten Instanz vollzogen werden. Art. 34 Abs. 1 BayEG, § 117 Abs. 1 BBauG.

5) BGHZ 29, 217 (218/219); ähnlich BGHZ 29, 95 (99/100) für Aufopferungsentschädigung; Thomas-Putzo, Anm. 1 a zu § 287 ZPO.

6) Ernst-Zinkahn-Bielenberg, Rz. 15 zu § 95 BBauG; Schrödter, Rz. 1 zu § 95 BBauG.

Die Annahmepflicht des Enteigneten kann also erst bei rechts- oder bestandskräftiger Festsetzung der Entschädigungssumme angenommen werden. Die auf einer Verknüpfung mit der Frage der Sperrwirkung beruhende Rechtsansicht des BGH ist abzulehnen (7).

§ 20) Verbleibende Fallgruppen, in denen die tatbestandlich zu bejahende Anwendung des § 266 BGB unbillig erscheint

I) Unverschuldeter Irrtum des Schuldners über den Umfang des gegen ihn bestehenden Anspruchs

Selbst nach Ausscheiden der Forderungen, die höhenmäßig erst durch Einigung der Parteien oder Urteil eindeutig festgelegt werden müssen (1), verbleiben Fälle, in denen die Heranziehung des § 266 BGB unbillige Folgen mit sich zu bringen scheint. Anders als oben liegt der geschuldete Erfolg objektiv eindeutig fest und kann daher bereits verwirklicht werden, § 362 BGB. Das Schuldverhältnis ist erfüllungsfähig, Verhandlungen zur Konkretisierung der Anspruchshöhe sind nicht erforderlich, die Annahmepflicht des Gläubigers, die einer Zurückweisung nach § 266 BGB vorrangig ist, besteht. Doch befindet sich der Schuldner in nicht zu vertretender Unkenntnis über den Leistungserfolg und bietet gutgläubig eine Teilleistung an, die er für eine Vollleistung hält.

1) Irrtümer des Schuldners im tatsächlichen Bereich

Es sind auch hier oft Ersatzansprüche, die zu gewichtigen Zweifeln über ihren Umfang Anlaß geben.

7) BGHZ 61, 240; BGH NJW 1965, 1761; BGH MDR 1968, 127.

1) s.o. § 18 III 6.

Schon die Tatsache, daß der Geschädigte regelmäßig alle Belege und Beweismittel über die Höhe des zu leistenden Ersatzes selbst in Händen hält und den Schädiger oft unzureichend informiert, kann bei diesem gewissermaßen berechtigtes Mißtrauen hervorrufen. Auch wenn der Gläubiger zweifelsfreie Belege präsentiert, etwa eine detailliert aufgeschlüsselte Reparaturrechnung, mag der Schuldner aus anderen Gründen aner kennenswerte Bedenken hegen. Der Verdacht auf Vorschäden wird hier eine Rolle spielen.

Auch über andere als Ersatzansprüche kann der Schuldner, wenn auch seltener, unsicher sein: Der verabredete Preis mag von dem Schuldner gutgläubig niedriger berechnet werden als vom Gläubiger, etwa wenn ihm ein falscher Ausgangspreis oder sonstiger Bezugspunkt übermittelt wurde, er sich aber auf die Zuverlässigkeit dieser Angaben verlassen durfte. Der Schuldner mag auch an tatsächliche Umstände glauben, die ihm in Ausübung eines Gegenrechts eine partielle Leistung gestatten. Wenn etwa der Gläubiger selbst die von ihm gelieferte Menge auf einer Rechnung oder auf einem Lieferschein als ungenügend ausweist, obwohl sie in Wahrheit vertragsgerecht ist, wird der Schuldner regelmäßig gutgläubig ein anteiliges Zurückbehaltungsrecht (§ 320 Abs. 3 BGB) geltend machen.

2) Rechtsirrtümer des Schuldners

Auch Rechtsirrtümer des Schuldners können ihn zur gutgläubigen Erbringung von Teilleistungen veranlassen: dies etwa, wenn der Schuldner glaubt, durch einseitige Erklärung wirksam mindern zu können oder wenn er gewisse Schadensunterposten wie den merkan tilen Minderwert für grundsätzlich nicht ersetzbar hält. Durchwegs werden hierbei sehr strenge Anforderungen an die Erkundigungs- und sonstigen Sorgfaltspflichten gestellt. Die restriktive Rechtsprechung des Reichsgerichts ist zwar in neuerer Zeit

gelockert worden, dennoch wird ein Rechtsirrtum nur höchst selten als unverschuldet anerkannt (2).

In den zu § 266 BGB ergangenen Entscheidungen handelte es sich, soweit sie veröffentlicht sind, ausschließlich um Irrtümer im tatsächlichen Bereich.

3) Nichtanwendung des § 266 BGB auf den gutgläubigen Schuldner?

a) Die Arbeitshypothese

So wenig befriedigend es ist, wenn alle bestrittenen Forderungen aus dem Anwendungsbereich des § 266 BGB ausgenommen werden sollen (3), so wünschenswert wirkt auf den ersten Blick diese Restriktion für die Fälle, in denen der Schuldner in unverschuldeter Unkenntnis der Höhe der gegen ihn bestehenden Forderung das anbietet, was er für seine Schuld hält. § 266 BGB soll das Recht des Schuldners, sich gegen ihm ungerechtfertigt erscheinende Ansprüche zu verteidigen, nicht beschneiden, auch keine Vorleistungspflicht des Schuldners in den Fällen zweifelhafter Anspruchshöhe begründen. Ziel der Regelung ist es vielmehr, Unannehmlichkeiten des Gläubigers zu begegnen (4).

Als denkbare Beschränkung des § 266 BGB könnte daher formuliert werden: Erfüllt der Schuldner nur einen Teil der gegen ihn bestehenden Forderung, weil er anerkennenswerte, von jedem vernünftigen Menschen in seiner Lage geteilte Zweifel an der Berechtigung der Mehrforderung hat, so steht dem Gläubiger das Ablehnungsrecht des § 266 BGB nicht zu (5).

-
- 2) Darstellung bei Mayer-Maly, AcP 170, 133 ff.; MüKo-Walchshöfer, Rz. 6-11 zu § 285 BGB; Staudinger-Löwisch, Rz. 15-28 zu § 285 BGB; vgl. auch BGH DB 1969, 788.
3) s.o. § 14 I 3.
4) s.o. § 1 IV.
5) so Dörfelt, S. 67.

Diese neue "Sachnorm" (6) ist den Angriffen gegen die von der Rechtsprechung gemachte, zu pauschale Einschränkung nicht ausgesetzt, denn nicht mehr der leistungsunwillige Schuldner wird geschützt, sondern der, der in vernünftiger Weise seine Rechte wahrnimmt. Zugleich ist eine Wertungseinheit mit §§ 285 BGB und 11 Nr. 3 AGBG gewährleistet (7).

b) Die unbefriedigenden praktischen Auswirkungen dieser Einschränkung

Ein entscheidender Gesichtspunkt wird hier allerdings übersehen: sehr häufig wird es für den Gläubiger nicht erkennbar sein, welche Zweifel der Schuldner hegt, ob diese gewichtig, nicht tragfähig oder gar nur vorgeschoben sind. Auch ob der Schuldner eine sorgfältige Prüfung des geltend gemachten Anspruchs vorgenommen hat, oder ins Blaue hinein bestreitet, ist für den Gläubiger schwierig zu beurteilen. Es liegt hier ja keine objektive Uneindeutigkeit des Anspruchsinhalts mehr vor, sondern eine rein subjektive Zweifelhafteigkeit für den Schuldner. Selbst wenn dieser seine Zweifel dem Gläubiger gegenüber begründet darlegt, wie es Versicherungsunternehmen regelmäßig tun, ist die Gutgläubigkeit für den Gläubiger kaum feststellbar. Psychologische Tatsachen sind schon vor Gericht nur schwierig zu klären; es ist unerfindlich, wie der unerfahrene und rechtsunkundige Gläubiger solche Differenzierungen vornehmen können soll.

Befürwortet man die vorgeschlagene Restriktion des § 266 BGB in den Fällen, in denen der Schuldner die objektiv festliegende Anspruchshöhe ohne Verschulden nicht erkennt, nimmt man gleichzeitig eine erhebliche Rechtsunsicherheit für den Gläubiger in Kauf. Ist dieser zur Annahme von Teilleistungen nicht bereit,

6) Staudinger-Schmidt, Rz. 10, 95 ff. zu § 242 BGB.

7) vgl. o. § 4 III 4 b; § 14 I; § 10 IV.

so muß er angesichts eines ungenügenden Angebots nun die Gewichtigkeit und Vertretbarkeit der vom Schuldner vorgebrachten Argumente untersuchen. Parteien, die über die Anspruchshöhe uneins sind, sind aber regelmäßig überfordert, wenn sie die - für falsch gehaltenen - Begründungen des anderen Teils auf Vertretbarkeit und Gewichtigkeit hin untersuchen sollen. Auch öffnet eine solche Beschränkung ein weites Feld für Mißbrauchsmöglichkeiten: Will der Schuldner willkürlich nur einen Teil des gegen ihn bestehenden Anspruchs erfüllen, mag es ihm durch eine geschickte Darstellung gelingen, sich als bezüglich der Mehrforderung in unverschuldeter Unkenntnis darzustellen. Speziell in den Schadensabwicklungsverhältnissen wird er regelmäßig die vom Gläubiger gemachten Angaben als zweifelhaft, zumindest nicht überzeugend hinstellen können.

Das Ablehnungsrecht des Gläubigers läuft praktisch weitgehend leer, wenn man die oben beschriebene Einschränkung des § 266 BGB anerkennt. In den tatsächlichen Auswirkungen besteht kaum ein Unterschied zwischen dieser hypothetisch vorgeschlagenen Lösung und der häufig geforderten Beschränkung des § 266 BGB auf in vollem Umfang unbestrittene Forderungen. Das Ablehnungsrecht des Gläubigers hängt vollständig vom Verhalten des Schuldners ab.

4) Abwägung der Rechtsfolgen bei Ausübung des Ablehnungsrechts

Der Fehlschlag der vorgeschlagenen Lösung gibt Anlaß, die dem gutgläubigen Schuldner erwachsenden Rechtsnachteile zusammenzustellen und auf ihre Unbilligkeit hin zu untersuchen. Zu vergleichen ist das vom Gesetz als schutzwürdig angesehene, ja geradezu vermutete (8) Interesse des Gläubigers an einer ungeteilten Lei-

8) Protokolle, Mugdan, S. 524.

stungserbringung.

a) Materielle Rechtsnachteile

Die Ablehnung bewirkt, daß die gegen den Schuldner bestehende Forderung nicht, auch nicht in Höhe des angebotenen Teils erlischt. Es mag nun durchaus ein Interesse des gutgläubigen Schuldners vorhanden sein, den anerkannten Teil zu erfüllen, um so etwa seinen Schuldenstand möglichst gering zu halten. Da Streit über die Mehrforderung des Gläubigers besteht, ist dieses Interesse freilich nicht allzu hoch zu erachten: Auch der gutgläubige Schuldner muß regelmäßig damit rechnen, daß zu seinen Lasten noch ein Schuldensaldo offenbleibt. Im Übrigen hat auch der willkürlich bestreitende Schuldner ein offenkundiges Interesse an einer Teilerfüllung der von ihm nicht bestrittenen Teilforderung, sonst würde er ja überhaupt nicht leisten, der gutgläubige Schuldner unterscheidet sich hierin nicht. Demgegenüber steht die Entscheidung des Gesetzgebers, eine Teilerfüllung als Belästigung des Gläubigers zu betrachten (9). Dieses Argument überzeugt im unbaren Geldverkehr nicht allzu sehr. Man wird also regelmäßig davon auszugehen haben, daß das Interesse an der Erbringung und das an der Ablehnung der Teilleistung sich etwa die Waage halten.

Das Verbleiben der Leistungsgefahr (bezüglich des angebotenen Teils) beim Schuldner ist die nächste Folge der Ablehnung: Im modernen unbaren Geldverkehr ist dieses Argument praktisch nicht mehr heranziehbar, regelmäßig sind nun aber Geldforderungen in der beschriebenen Weise umstritten (10). Ganz ausgeschlossen sind Barzahlungen und Sachleistungen freilich nicht. Die durch das vergebliche Angebot eher noch vergrößerte Sachgefahr mag

9) Protokolle, Mugdan, S. 524.

10) vgl. auch o. § 18 III 6 b bb.

den gutgläubigen Schuldner schwer belasten. Dem steht aber eine vergleichbare Belastung des Gläubigers gegenüber, wenn man ihm das Ablehnungsrecht versagt. Er hat die für ihn vielleicht unbrauchbare erbrachte Leistung auf eigenes Risiko aufzubewahren und zu erhalten, wird aber erst voll befriedigt, wenn der Schuldner Gewißheit über die wirkliche Forderungshöhe erhalten hat. Die Gutgläubigkeit des Schuldners verringert ja den Anspruch des Gläubigers nicht. Auch die Frage der Leistungsgefahr ist also ein wertneutrales Argument.

Den gutgläubigen Schuldner treffen keine Verzugsfolgen (11), eine Folgerung aus der Tatsache, daß § 266 BGB, isoliert betrachtet, keine Verhaltensanforderungen für den Schuldner aufstellt (12).

Die Last der weiterlaufenden Zinsen über den abgewiesenen Teil ist wie oben (13) zu beurteilen: Ein Schuldner, der weiß, daß er eine gewisse Summe schuldet, ja diese bereits angeboten hatte, sollte sie - schon um der Verlustgefahr zu begegnen - vernünftigerweise anlegen. Die erzielbaren Renditen sind bei Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist zwar geringer als der gesetzliche Zinssatz (§ 246 BGB), doch müßte der Schuldner auch dann Zinsen nach §§ 291, 849 BGB zahlen, wenn er bezüglich des geltendgemachten Anspruchs schon dem Grunde nach gutgläubig wäre (14).

Die durch Ablehnung der Teilleistung, § 266 BGB, dem gutgläubigen Schuldner erwachsenen Nachteile können nicht als unbillig bewertet werden.

11) s.o. § 10 IV.

12) s.o. § 16 II 1.

13) vgl. o. § 18 III 6 b bb.

14) s.o. ebenda.

b) Prozessuale Nachteile des Schuldners

Bereits aus prozeßrechtlichen Gründen, nämlich der für den Streitgegenstand bestimmenden Funktion der Klageschrift, kann kein Recht des gutgläubigen Schuldners angenommen werden, den Streitstoff mitzubestimmen und so Streit- und Beschwerdewert zu beeinflussen (15). Wenn der Gläubiger also ganz willkürlich den Streitgegenstand bestimmen kann, etwa durch Erhebung einer offenkundig unbegründeten Klage, so kann eine solche Erweiterung nach Ablehnung einer Teilleistung nicht als unbillige Rechtsfolge des § 266 BGB angesehen werden.

Bei richtiger Auslegung des § 93 ZPO treffen den teilleistenden Schuldner auch keine kostenrechtlichen Nachteile, wenn er in Höhe der zurückgewiesenen Teilforderung sofort anerkennt (16). Er ist eher bevorzugt, da ihm bei Unterliegen über die Mehrforderung die Degression der Gebühren zugute kommt. Für einen Schuldner mit gewichtigen Zweifeln an der Mehrforderung ist es ein Leichtes, bei dem Angebot der Teilleistung die erforderliche Anrechnungsbestimmung, § 366 BGB analog, vorzunehmen und so die Klageveranlassung zu vermeiden. Dann ist es der Gläubiger, der hinsichtlich des vom Schuldner freiwillig angebotenen Teils die Verfahrenskosten zu bezahlen hat.

5) Zusammenfassung: Folgenlosigkeit der Ablehnung des angebotenen Teils für den gutgläubigen Schuldner

Die Zusammenstellung der Rechtsnachteile für den gutgläubigen Schuldner hat ergeben, daß die Ablehnung der Teilleistung diesem regelmäßig keine unbilligen Belastungen auferlegt. Die beim Schuldner verbleibende Leistungsfahr beschwert ihn zwar, es

15) s.o. § 14 I 4 c.

16) s.o. § 14 I 4 d.

ist aber kein Grund ersichtlich, ihn zu Lasten des Gläubigers davon zu befreien.

Der Schuldner, der sein Teilangebot trotz seiner Gutgläubigkeit nicht mit einer Anrechnungsbestimmung versieht, läuft Gefahr, Klageveranlassung über die Gesamtforderung zu geben. Er ist jedoch auch nicht schutzwürdig, denn er selbst hat dem Gläubiger ja den Weg zu einer den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO entsprechenden Teilklage abgeschnitten.

Es ist daher kein Grund ersichtlich, die in § 266 BGB zugunsten des Gläubigers getroffene Entscheidung abzuändern. Angesichts der objektiven Bestimmtheit des Leistungserfolgs ist es ihm nicht zu verdenken, auch den unverschuldet irrenden Schuldner auf die Erbringung der Gesamtleistung zu verweisen. Er läuft dabei selbst nicht unerhebliche Risiken:

Ist die Auffassung des Schuldners richtig, gerät der Gläubiger mit der Ablehnung des Angebots in Annahmeverzug mit den für ihn nachteiligen rechtlichen Konsequenzen der Unterbrechung des Zinslaufs und der Haftungserleichterung für den Schuldner. Verzugsfolgeansprüche entfallen gegen einen schuldlosen Schuldner. Die etwa nach § 291 BGB geschuldeten Zinsen sind eine vom BGB vorgesehene Belastung auch des gutgläubigen Schuldners (17). Bei richtiger Sicht des § 93 ZPO muß sich der Gläubiger auf eine Klage über den nicht angebotenen Rest beschränken, will er nicht die Kosten hinsichtlich des Teilangebots auf sich nehmen.

II) Der wirtschaftlich schwache, nur noch zu Teilleistungen fähige Schuldner

Selten wird der Fall erwähnt (18), in dem der Schuldner aus wirt-

17) s.o. § 18. III 6 b bb.

18) Planck, Anm. 3 zu § 266 BGB; Roidl, NJW 1968, 1865 (1866).

schaftlichen Gründen nur noch zu Teilleistungen imstande ist, daher seine Schuld sozusagen "abstottern" möchte.

Für andere als Geldschulden sind die Regeln über teilweises Unvermögen und teilweise Unmöglichkeit heranzuziehen, § 275 Abs. 2 ("soweit"), 280, 325 Abs. 1 S. 2 BGB.

Für Geldschulden soll dagegen eine Annahmepflicht des Gläubigers bestehen, § 266 BGB keine Anwendung finden dürfen (19). Diese Fälle, die sehr schnell ein Massenphänomen werden können, sind rechtlich schwierig einzuordnen.

Praktisch werden Teilzahlungsangebote finanziell schwacher Schuldner regelmäßig angenommen. Die Prozeßvertreter von größeren Unternehmen stehen Vergleichen mit Ratenabreden sehr aufgeschlossen gegenüber (20). Will sich der Gläubiger am Konkurs beteiligen oder die Zwangsvollstreckung betreiben, hat er unter Umständen ohnehin Teilleistungen anzunehmen (21). Die Ablehnung einer Teilleistung ist für den Gläubiger mit dem Risiko verknüpft, später bei weiterem Vermögensverfall seines Schuldners ganz leer auszugehen, das Entgegenkommen gegenüber Teilleistungen kommt also nicht von ungefähr.

Rechtlich muß der aus § 279 BGB abgeleitete Grundsatz "Geld muß man haben" (22) BGB auch hier gelten: Zahlungsunfähigkeit darf auch nicht teil- und zeitweise befreien. Die Nichtanwendung des § 266 BGB beeinträchtigt diesen Grundsatz und ist daher abzulehnen. Die geschichtliche Entwicklung des beneficium competentiae (23) in die allgemein geltenden Schuldnerschutzbestimmungen in

19) wie Fn. 18.

20) Rother, NJW 1965, 1749 (1750).

21) § 12 III 1 d, 2.

22) Larenz, Schuldrecht I, § 12 III; Fikentscher, § 29 I 2.

23) vgl. §§ 5 VI 1; 12 II 3.

Vollstreckungs- oder Konkursfällen einerseits, die sehr enge materiell-rechtliche Bestimmung des § 519 BGB andererseits belegt, daß Zahlungsunfähigkeit im Grundsatz nur verfahrensrechtlich berücksichtigt werden soll.

Man muß dem Gläubiger eines finanziell schwachen Schuldners also das Recht belassen, Teilzahlungsangebote abzuweisen, § 266 BGB.

III) Das Fehlen geringfügiger Teile

Nur noch erinnert sei an die systematisch hier einzuordnenden Fälle, in denen das Teilangebot nur geringfügig hinter der geschuldeten Leistung zurückbleibt und gleichzeitig auf einer so leichten Nachlässigkeit des leistungswilligen Schuldners beruht, so daß eine Treuwidrigkeit der Ablehnung angenommen werden muß (24).

§ 21) Zusammenfassung

- (1) Die in ihrer Bedeutung regelmäßig überschätzte Bestimmung des § 266 BGB ist eine Hilfsnorm des Erfüllungsrechts. Entgegen ihrem Wortlaut enthält sie nicht ein an den Schuldner gerichtetes "Verbot" der Teilleistung. Sie erlaubt vielmehr dem Gläubiger die Zurückweisung ihm angebotener Teilleistungen: wider den Willen des Gläubigers kann es also nicht zur Teilerfüllung kommen.
- (2) Eine entsprechende Anwendung auf Fälle anders als durch Erfüllung erfolgender Tilgung wie die Hinterlegung erscheint

24) s.o. § 14 I 2 b.

grundsätzlich sinnvoll. Dabei sind jedoch speziellere Normen (§§ 389; 1142 i.V.m. 1144; 1223 Abs. 2; 1224; 268; 1150; 1249 BGB) und die Besonderheiten der jeweiligen Tilgungsart (Leistungen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung; Tilgung durch Vollstreckungsmaßnahmen) zu beachten.

- (3) Allgemein sollte § 266 BGB jedoch nicht bei Ansprüchen im noch nicht erfüllungsfähigen Stadium herangezogen werden. Muß der konkret geschuldete Erfolg erst festgestellt werden, weil er - objektiv - nur der Größenordnung nach bekannt ist, ist es verfehlt, von "Teilleistungen" zu sprechen.
- (4) Die Zurückweisung eines Teilangebots als solche verhindert nur den Eintritt der partiellen Erfüllungswirkung und hat keine weiteren, den Schuldner besonders belastenden Rechtsfolgen. - Bietet der Schuldner dagegen vorsätzlich oder fahrlässig nur eine Teilleistung an, treffen ihn nach der Ablehnung die Verzugsfolgen hinsichtlich der Gesamtforderung. Erbringt er eine Teilleistung, ohne anzugeben, ob er bestimmte Unterposten oder eine Quote des geltendgemachten Anspruchs tilgen will, zwingt er den Gläubiger zur Ablehnung und Erhebung einer Klage über den gesamten Anspruch, dies mit dem Schuldner ungünstigen Kostenfolgen. In beiden Fällen ist der Schuldner jedoch nicht schutzwürdig. - Für eine generelle Einschränkung des Ablehnungsrechts des Gläubigers unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) besteht angesichts dieser Rechtslage kein Anlaß.

Schluß

Abänderung des § 266 BGB im Zuge einer Reform des Schuldrechts

Die z.Z. diskutierten Pläne einer umfassenden Reform des gesamten Schuldrechts geben Anlaß, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit getroffenen Feststellungen daraufhin zu untersuchen, ob eine Abänderung des § 266 BGB wünschenswert erscheint.

Von Bedeutung sind hier folgende Befunde:

Die Anwendung des § 266 BGB auf ihrem Umfang nach umstrittene Geldforderungen bereitet große Schwierigkeiten. Da die Regelung überwiegend als ein Verhaltensgebot ausgelegt wird, kommt es insbesondere zu einer verfehlten Anwendung des § 93 ZPO. Der ein Teilangebot abgebende Schuldner hätte bei dieser Sicht unbillige Nachteile zu tragen; daher wird § 266 BGB wiederum in wenig überzeugender Weise durch Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben überlagert.

Andererseits läßt sich bei unbar erfolgenden Geldleistungen nur noch eine geringfügige Belästigung des Gläubigers durch die etappenweise Leistungserbringung feststellen (1). Mit eingehenden Teilzahlungen kann der Gläubiger jederzeit wirtschaftlich disponieren, sich insbesondere durch Anlage ihren Ertrag sichern und die Gefahr des Untergangs abwenden. De lege lata muß dies schon deshalb hingenommen werden, weil der historische Gesetzgeber bewußt den Gläubiger privilegieren wollte und die Rechte des Schuldners hintangestellt hat. Bei einer Gesetzesänderung kann der Wegfall des Gesetzeszwecks jedoch berücksichtigt werden.

Die vorherrschende Auffassung zur Anwendung des § 266 BGB auf ihrem Umfang nach bestrittene Forderungen ist zwar unrichtig:

1) s.o. § 1 IV.

Den Gläubiger trifft bei objektiv noch nicht feststehenden Ansprüchen keine Annahmepflicht (2), im übrigen wiegen die Rechtsfolgen für den Schuldner gering, der ohne Verschulden nur eine Teilleistung anbietet (3).

Dennoch sollten der Rechtssicherheit wegen Geldschulden aus § 266 BGB bereits tatbestandlich ausgenommen werden (4). Folgende Fassung wird vorgeschlagen:

"Der Gläubiger kann Teilleistungen zurückweisen; dies gilt nicht von Teilzahlungen."

Formal betont diese Formulierung das Ablehnungsrecht des Gläubigers als Kern des § 266 BGB (5). Inhaltlich muß der Gläubiger zwar auch eine aus Verschleppungsabsicht oder willkürlich angebotene Ratenzahlung annehmen, was ihn freilich nicht allzu schwer belastet: Als Vertragsgläubiger kann er sich durch entsprechende Abrede ein Zurückweisungsrecht vorbehalten, wenn ihm daran gelegen ist. Im übrigen tritt bei willkürlich erfolgenden Teilzahlungen hinsichtlich des ausstehenden Rests Schuldnerverzugs ein. In den zu ersetzenden Verzugsschaden sind auch die Nachteile einzuberechnen, die daraus entstehen, daß der Gläubiger nicht rechtzeitig über die Gesamtsumme verfügte, wie die ungünstigere Anlage des geringeren Betrags, zusätzliche Bankgebühren und Kreditkosten.

Bei dieser Lösung ist die Abgrenzung zwischen erfüllungsfähigen und noch unbestimmten Forderungen nicht im Rahmen des § 266 BGB, sondern im Rahmen der §§ 293 ff. BGB zu erörtern, wo sie syste-

2) s.o. § 18 III 6.

3) s.o. § 20 I.

4) so wie der bereits in den Beratungen gemachte Vorschlag Bremens, vgl. Bundesrat-Beratungen, Jakobs-Schubert zu § 266 BGB.

5) s.o. Einleitung; § 16 II 1.

matisch auch angesiedelt ist (6).

Der ursprüngliche Normzweck des § 266 BGB käme wieder zum Tragen, prozeßtaktische Erwägungen wären ausgeschlossen: Weist der Gläubiger partielle Sachleistungen zurück, will er sich regelmäßig vor Lagerungsproblemen und der Sachgefahr schützen, also handfesten Belästigungen aus dem Weg gehen.

6) s.ö. § 18 III 6 b bb.

Lebenslauf

Ich wurde am 10. Januar 1956 als erstes Kind des Gymnasiallehrers Gerhard Steinlehner und seiner Ehefrau Katharina, geb. Widmann, in Zwiesel, Kreis Regen, geboren.
Seit 12.12.1980 bin ich mit dem Richter Thomas Stelzner verheiratet.

Die Volksschule besuchte ich von September 1962 bis Ende 1965 in Zwiesel. Nach dem Umzug meiner Familie nach Freising besuchte ich dort die vierte Volksschulklasse und trat im Herbst 1966 auf das Dom-Gymnasium über. Im Frühsommer 1975 legte ich an dieser Schule die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1975/76 begann ich an der Ludwig-Maximilians-Universität das Studium der Rechtswissenschaften. Das Sommersemester 1978 und das Wintersemester 1978/79 verbrachte ich an der Universität Genf. Nach meiner Rückkehr nach München legte ich nach dem Wintersemester 1979/80 die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Seit Herbst 1980 bin ich Rechtsreferendarin im Bezirk des OLG München. Am schriftlichen Teil der Zweiten Juristischen Staatsprüfung des Termins 1983/I habe ich im April 1983 teilgenommen.

